Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

C[illegible]cili[illegible]
et
R[illegible]solut[illegible]

NAZIONALE
13
7 E
4 M
EMANUELE

Digitized by Google

Digitized by Google

SELECTARVM
IVRIS INTERPRETATIONVM;
CONCILIATIONVM;
AC VARIARVM RESOLVTIONVM
Tomus Primus.

AD COSMVM II. MAGNVM HETRVRIAE DVCEM IV.

AVCTORE BENEDICTO PINELLO V. I. D. LVSITANO,
& ordinario I. C. & ſimul extraordinario feudorum
interprete in almo gymnaſio Piſano.

Cum triplici Indice. Primo, argumentorum, & quę ſub illis comprehenduntur. Secundo textuum, qui paſſim explicantur. Tertio, notabilium, quæ in his duobs libris continentur.

C V M   P R I V I L E G I O.



V E N E T I I S,   M. DC. XIII.

Ex Typographia Dominici Imberti.

Digitized by Google

Digitized by Google

COSMO II.

MAGNO HETRVRIÆ DVCI IV.

PIO FELICI. SEMPER AVGVSTO.

BENEDICTVS PINELLVS I.C. LVSITANVS
perpetuam felicitatem precatur.

VETVS eſt querimonia, Princeps Sereniſſime, de multitudine librorum, & ſcripturientium cacoethe, quòd varijs commentationibus, velut procelloſis fluctibus ciuilem quietem conturbarint. Et profectò non ibit inficias, qui ſedula cura euoluerit multorum Volumina, qui non ad id nati, neq; apti, ſed ſola ſcribendi inani gloria, aut humili lucro ducti æquiori animo ferunt propriæ ſententiæ repulſam, quam pacatè intra domeſticos lares ſine nomine vitam tranſigere. Eoq; iam miſeriarum itum eſt, vt quaſi abyſſo abyſſum inuocante, ipſa copia editorum voluminum, indigeat multitudine edendorum, ac expoſcat. Cur enim, ſi quis in publicam perniciem opiniones ſuas vulgauerit, vindex non occurret? Quapropter mihi hac tempeſtate illud ex medicorum conſilio ſalubre remedium videtur, vt relictis vitioſis riuis, immenſis videlicet quæſtionum cumulis (quibus euertendis Neſtoris vita cum ipſa I. Conſultorum legali doctrina coniuncta par non eſſet) ad fontanum malum recur-

ratur, id eſt, circa interpretationem legum vires inſiſtant, morenturq́; vt repurgato fonte, lucido, ac ſano effecto aqua profluat in quæſtionum, ac conſiliorum riuulos ſalutifera. Quo conſilio vſus ab ineunte ætate (qua animum ad ſcribendum appuli) ſemper eam rationem ſcribendi vtiliorem ratus ſum, quæ rem ad incudem, hoc eſt, ad ipſos legales contextus redigeret, vt inde hauſta veritate, quid docendum, conſulendum, aut iudicandum foret, velut face præeunte clareſceret: & inter alia ad hunc ſcopum collimat præſens opus inſcriptum de interpretatione, ac conciliatione variarum legum, quæ aut ignotæ ſunt, aut ſiniſtre expoſitæ. Quod Celſitudini tuæ Sereniſſimæ dicaui; cum ſub feliciſſimo ſtatu, in quo omnia vitia repurgantur, tuum principatum comitantibus virtute, fortuna, pace; ciuilium quoque iurium concordia, & virtus niteat: tum vel maximè iure ſoli debitum; nam quem à Luſitania translatum excepiſti, in proprio ſolo plantaſti, ac ſub propria vmbra fouiſti, fauiſtiq́; eiuſdem primos fructus, vt verus domini us naturali ratione tuos feciſti, & reliquos (quos indies efferam iuuante numine diuino) in poſterum facies. Spero namq; vt quos patruo meo Ario Pinello Hiſpania detulit honores, eoſdem Italia mihi tua benignitate motrice indulgeat: cuius vitam Deus Opt. Max. ſimul, & prolem nobis diu felicem ſeruet, & incolumem. Piſis Idib. Iulij. Anno 1613.

LECTORI SALVTEM.

TRia ſunt (Lector candide) in Repub. munera circa iuris exercitium: quorum duo verſantur in eius explicatione; tertium in executione; quod vltimum in iudicando cernitur. Reliquorum primum conſiſtit in iuris enodatione abſtracta à commodo priuato, quale eſt in profeſſoribus, qui in vtilitatem publicam leges commentantur. Secundum, quòd pariter in expoſitione iuris conſiſtit, ordinatur ad compendium priuatorum, vt eſt in aduocatis, & cauſarum patronis. Omiſſo iudicandi munere; cætera duo non ſolum fine ſunt diuerſa; quippe alterum in publicum, alterum in priuatum proximè tendit; ſed & medio: nam aduocatus ita clientulo ſuo auxiliatur, vt nondum proferat, quæ verè iuuant; ſed & quæ iudicem quomodolibet in ſuam ſententiam pellicere, aut trahere poſſunt: itidem & circa iuris expoſitionem analytice procedit, & cum duntaxat intendat clientulo prodeſſe, mens ita manet alligata, vt non tam quid aliàs tenendum curet quoad veros ſenſus legum; quam quod proſit, pro viribus nitatur ſuadere: è contra legum profeſſor totus, & ſolus eſt in excutienda legali veritate, non mercalem, & affectatam operam, ſed veram philoſophiam ſectatur; iura enucleat, & iuſtis terminis, quos ſupponit, aptat. Fontem ergo aperit, à quo bibit aduocatus, qui poſtea alit clientulos, & iudicibus inſeruit. Munus itaq; profeſſoris eſt, leges ventilare, & granum à lolio, & vitio ſeligere, vt his contemptis, illud amplexemur. Patronus cauſarum ex officio non diſcutit, ſed ſupponit; & ſi quando fimbrias dilatat, ſuos limites excedit non tamen cum dedecore. Quod cum mihi profeſſori Academico ante oculos obuerſaretur, propoſui cum in hoc, tum etiam in futuris operibus, quæ in dies proferam altiora, legum veros ſenſus rimari, & triturando exſcire. Vnde non abs re eſſe videbitur, & vltra munus noſtrum, ſi obices etiam, qui ex multorum multoties præpoſtero ſenſu occurrunt, cum aliqua temporis, & chartarum expenſa diluamus, non aliter enim finem tutè conſequimur, niſi medium iter ſecurum præparemus: tunc namq; maximè aduocatis proficimus, & iudicibus. Et inde eſt, vt ſub themate propoſito non ſolum illius ſenſus, vel reſolutio incomitata proponatur, verum etiam rem à principijs

altius repetendo apte inferatur ad multorum affinium iurium cognitionem. Ne autem videretur labor noſter nuda ſpeculatione lætari; enixus ſum, vt quidquid boni (vt opinor) ſucci extractum eſt, ad caſus forenſes deriuetur, vt ita vtile dulci miſceatur.

Hæc de fine à nobis prætenſo: opus vides varium, in quo ſicut legentibus multiplex ac iucunda varietas; ita ſcribentibus obuij occurrunt ſcopuli, quos ſi te iudice feliciter prætervehi nobis contigerit, non modo gloriam editi operis, ſed & animum reportabimus meliora edendi. Ne modum, precor, noſtræ quantulæcunque induſtriæ ſtatuas pro appetitu: ne vè nobilitas ingenium tuum, ſi illi palàm detrahas, qui tibi clam placet. Et ſi aliquod diſſonum, vel minus defœcatum obrepſerit (obrepent autem plurima) cum ſis bonus, boni conſule: ſin taxare malueris, fac ne correctio tua inuidorum more priuatim deliteat, ſed ad nos in tuis Commentarijs permeet, vt proſit.

Non ignoro grauiſſimos patres, & maiores noſtros tradidiſſe, reprehenſiones vitare non poſſe, niſi qui omnino nihil ſcribit: fateor equidem ſuggilationibus exponi, qui ſcribit: immunem tamen reprehenſione non iudicarem, qui omnino nihil ſcribit, ſi tota illius vita ſtudio, & lucubrationibus incumbens, ingenio, aut iudicio non deſtituta, artem ita verſauerit, vt publico bono bonus eſſe potuerit. At non mihi tantum arrogo, vt ſub hac non ſcribentium reprehenſione collocarem; tametſi vita hucuſque acta continuo fuerit, & indefeſſo ſtudio intenta, nec aliquale ingenium, aut iudicium defuerit. Sed illud maximè impulit, quod probo viro aliquid relinquendum eſt, quo vixiſſe teſtetur, quodque ſuum eſſe non deſinat, cum eſſe cœperit. Bene Vale.

INDEX ARGVMENTORVM,

& quæ ſub illis continentur.

Libri Primi.

Cap. Pr. *Ad Marcianum L. c. in l. Filiusfam. 114. §. vt quis hæredem, verſ. quid ergo ff. de legatis primo, vbi latè agitur de onere, quo quis rogatur alterum hæredem facere, vel alicui legare, & ſimilibus.* pagina 2

Cap. II. *Ad Papinian. in l. Diuortio, 8. in princip. verſ. itaq; ff. ſoluto matrimon. vbi nonnulla de diuiſione fructuum inter virum, & vxorem.* 15

Cap. III. *Ad Imp. in §. pater, Inſtit. de teſtam. ord. vbi latè circa teſtimonia prodeuntia ex vna familia in teſtamento, vel alijs negotijs.* 27

Cap. IV. *Conciliatio ad L. C. Paul. in l. Neſennius 22. §. ſeruo, verſ. ſed et ſi, ff. ad leg. Falcid. & Papin. in l. Iulianus 26. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. vbi latè de edicto, ſiquis omiſſa, &c. an, & quando locum habeat?* 35

Cap. V. *Vtrum filiusfam. poſſit teſtari de bonis, quæ eidem acquiruntur ex diſpoſitione L. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, vbi latiſſimè de bonis donatis à Principe, & caſtrenſibus, vel quaſi; & quam in illis poteſtatem habeant filijfam. & quo iure cenſeantur.* 52

Cap. VI. *Ad Scæuolam in l. Vxori maritus, 27. ff. de vſufructu legato, vbi late, quis ſit indignus, vel incapax; & de varijs exemplis indignitatis, & de iuris diſpoſitione reſpectu indigni, & bonorum indignè quæſitorum.* 71

Cap. VII. *Ad Papin. in l. quod de bonis, 15. §. quod auus, ff. ad leg. Falcid. vbi etiam de ære alieno hæredis an, & quando imputetur in Falcidiam?* 86

Cap. VIII. *Conciliatio inter Imp. in §. datur. Inſt. de aſſignatione libert. & Modeſtin. in l. Vtrum 9. ff. de aſſignandis libert. vbi latè de aſſignatione libertorum, quando valeat, & de iure patronatus.* 91

Cap. IX. *Ad Imp. in Auth. de nuptijs, §. ſi verò decretum, verſ. & multo potius, collat. 4. vbi latè de matrimonijs cum perſonis ſeruilis conditionis.* 98

Cap. X. *Vtrum coniuges, aut quilibet alij duo ſe inuicem poſſint in vna, eademq; charta ſcribere hæredes? vbi late de duorum ſimul facto teſtamento.* 106

Cap. XI. *Ad Imp. in §. ſeruus etiam alienus, verſ. cum etiam, Inſt. de hæred. inſtit. vbi de inſtitutione ſeruorum poſthumi, vel eius, qui in vtero eſt.* 117

Cap. XII. *Conciliatio inter Modeſtinum in L. Homo liber. 54. ff. de acquir. rerum domin. Pomp. in L. liber homo, 19. ff. eodem tit. & Iulian. in l. Aditio. 45. verſ. vlt. ff. de acquir. hæred. vbi latiſſimè de acquiſitione per ſeruos putatiuos, id eſt, homines liberos bona fide poſſeſſos.* 125

Cap. XIII. *Ad Vlp. in l. ſed ſi plures, 10. §. filio. ff. de vulgari, vbi pleniſſime de ſeparatione hæreditatis paternæ, & pupillaris concedenda, vel deneganda.* 136

Cap. XIV. *Conciliatio inter Papin. in l. vlt. in princip. verſ. vlt. ff. de vſucap. & Marcian. in L. ſi quiſquam, 7. ff. de diuerſis, & tempor. præſcript. vbi de iure, quod acquiri poteſt in locis de iure gentium communibus, aut publicis.* 152

Cap. XV. *Vtrum conditio impoſſibilis reputata poſſibilis vitietur, vel vitiet diſpoſitionem teſtamentariam? vbi varie exemplificatur conditio impoſſibilis, quæ aliàs ſecundùm ſe fuit, vel reputari poteſt poſſibilis, & quæ ſit apud I. conſultos conditio falſa.* 158

Cap. XVI. *Conciliatio inter L. e. Paul. in L. Paulus reſpondit, non ideò. 101. verſ. Paulus, & Vlp. in L. 1. ff. de ſolutionibus, vbi latè de poteſtate debitoris ſoluentis, & creditoris pignus diſtrahentis, in quam nam debiti cauſam poſſit pecuniam datã, vel à pignore vendito redactam conuertere?* 164

Cap. XVII. *Ad L. c. Paul. in l. cum ſponſus 12. §. cum in vectigalibus, ff. de Publiciana, vbi abunde oſtenditur, an, & quando detur Publiciana pro rebus, quæ poſſunt, vel nequeunt vſucapi.* 169

Cap. XVIII. *Ad Vlp. in L. Si à Titio, ff. de rei vẽd. vbi de ijs, qui pari titulo poſſederunt, quis præferatur in Publiciana.* 177

Cap. XIX. *Ad Modeſt. in l. Præſes, 27. & Marcian. in L. cum prolatis, 31. ff. de re iudicata, & de conciliatione cum L. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſententiæ ſine appell. & denique de intellectu L. qui teſtamento, ff. de excuſat. tut. vbi latè de ſententijs, quæ feruntur contra leges, conſtitutiones, reſcripta, canones, quãdo ſint ipſo iure nulla.* 185

Cap. XX. *In terminis, L. Titiæ centum, ff. de condit. & demonſtr. ventilantur tres quæſtiones. Prima, vtrum requiratur, vt Titia nubat, ad conſequenda legata? 2. Si conuerſis terminis legentur Titiæ ducenta ſi nupſerit, & centum ſi non nupſerit, à centum remoueatur conditio? 3. Vtr. in legato ita concepto, Titiæ ducenta ſi monaſterium ingrediatur, & centum ſi nubat; illa nubens 200. conſequi poſſit?* 195

Index Argumentorum.

Libri Secundi.

Cap. I. *Ad Vlp. in l. qui vas, §. ancilla, ff. de furtis. vbi latiſſimè, ac nouè multa traduntur ſcitu digna in materia partuum, ſetuum, & fructuum, ex rebus furtiuis procedentium.* 205

Cap. II. *Ad Vlp. in l. ſed ſi mors, 13. verſ. proinde, ff. de donat. inter virum: vbi late de extraordinario iure, quo cenſentur donationes coniugales.* 223

Cap. III. *Conciliatio inter I.c. Paul. in l. is qui in poteſtate, 15. verſ. vnde, etſi duo, & Vlp. in l. ſi duo, 16. ff. de legatis præſt. vbi late de bonorũ poſſeſſ. contra tab. & de varijs eiuſdem effectibus, & quando commiſſo edicto competat.* 233

Cap. IV. *Ad Scæu. in l. Gallus, §. forſitan, verſ. ergo, ff. de lib. & poſth. vbi de forma Galle ampliata, & ad Vlp. in l. videamus, 4. ff. de in litem iur. vbi de varia acceptione pubertatis, & effectibus eiuſdem, & ad Vlp. in l. 1. §. ſi impuberi, ff. de collat. bono. vbi de quarta diui Pij cõferenda.* 243

Cap. V. *Vtr. in terminis l. Vter ex fratribus, 23. & l. qui ex fratribus 24. ff. de condit. inſtit. ſi fratres teſtatoris noluerint Titiæ conſobrinæ nubere, ad hæreditatem admitti poſſint? vbi late, quando conditioni nubendi paritum cenſeatur.* 250

Cap. VI. *Ad I.c. Paul. in l. vlt. ff. de ſolutionibus, vbi pleniſſime de mandato, an, & quando vltra mortem porrigi poſſit?* 256

Cap. VII. *Ad Vlp. in l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus, il 2. verſ. ſed ſi ſeruus, ff. ad S.c. Trebell. vbi de ſeruorum pæna, aut hominis reſtitutione: & nonnulla etiam de natalium reſtitutione.* 270

Cap. VIII. *Ad I.c. Marcian. in l. Filiusfam. 114. §. cum pater, ff. de legatis primo, vbi de fideicommiſſo familiæ relicto in caſum alienationis, an & quando illi locus ſit, & an ſuccedant in eo filij inſtituti exhæredati, & emancipati.* 275

Cap. IX. *Conciliatio ad Vlp. in l. Falſus 44. §. ſi ſactum, ff. de furtis, cum l. 1. §. Scæuola, ff. ſi is qui teſtam. lib. vbi late, an & quando furtum poſſit committi, & in quibus rebus.* 284

Cap. X. *Quo nam iure introducta fuerit teſtandi poteſtas, gentium ne; an ciuili? vnde multa vtiliter inferuntur.* 292

Cap. XI. *Ad I.c. Paul. in l. vt pomum, 8. ff. de ſeruit. vbi oſtenditur, in qua materia, & ſub quibus terminis poſſit reſultare ſeruitus realis, aut perſonalis.* 303

Cap. XII. *Ad I.c. Paul. in l. qui duo, 30. ff. de ſeruit. ruſtic. & ad Celſum, in l. nam ſatis. 5. §. certe, ff. quemadmod. ſeruit. amitt. vbi de dimenſionibus, ſub quibus hæc, vel illa ſeruitus conſeruatur.* 307

Cap. XIII. *Ad Imp. in §. An ſeruo, Inſt. de legatis, vbi etiam nonnulla traduntur de regula Catoniana.* 311

Cap. XIV. *Ad I.c. Iulian. in l. ſi ſtipulatus, 15. §. 1. ff. de fideiuſſoribus, vbi etiam de exceptione diuiſionis, & cedendarum actionum, quando competant fideiuſſori ſoluenti.* 316

Cap. XV. *An condicenti poſſeſſionem indebite traditam opponi poſſit exceptio dominij? vbi nonnihil de condictione triticaria, & vtr. emphyteuta, qui nominauit reſeruato ſibi vſufructu, poſſit iterum nominare, ſi nominandi poteſtas ei vſque ad mortem fuiſſet conceſſa? ſuppoſito quod translato in nominatum omni iure emphyteutico non poſſit iterum nominare, vbi obiter de effectu reſeruationis vſusfructus.* 323

Cap. XVI. *Ad Imp. in §. optionis. Inſt. de legatis, vbi late, & notanter de optione, quæ fit circa legatũ optionis, vel alternatiuũ, vel genericũ.* 328

Cap. XVII. *Breues conciliationes inter Vlp. in l. 1. §. ſi ſtipulanti, ff. de verb. oblig. & Imp. in §. præterea, Inſtit. de inutilibus, & inter Imp. in §. ſi quis ancillas, verſ. idem ſi ſundus, Inſt. de legatis, & Paul. in l. ſi cui ſundum, 5. ff. de ſundo inſtruct. & inter Vlp. in l. iuriſgentium, verſ. & ideò puto, ff. de pactis, & Paul. in l. naturalis, 5. §. at cum do. verſ. ſed ſi dedi. ff. de præſcript. verb. & tandem inter Vlp. in l. 1. verſ. niſi, ff. ad municip. & Impp. in l. exemplo, 36. C. de decurionibus.* 335

Cap. XVIII. *Ad Pap. in l. cum tabulis, 16. §. quoniam, ff. de his, quæ vt indign. vbi obiter, quæ olim concubina eſſe potuerit: & ad Iauol. in l. Mæuio 42. ff. de legatis 2. & ad Clem. in l. ſi is quib. ff. de vulgari, vbi de lege Iulia, & Papia, & de incapacitate ſolidi, & ad Iulian. in l. cum is, 32. §. qui hominem, ff. de condict. indeb. vbi de obligatione alternatiua, & varijs eiuſdem effectibus.*

Cap. XIX. *Ad Vlp. in l. 1. §. vlt. verſ. patrem autem, ff. ſi quis a parente fuerit manumiſſ. vbi de varia, ac multiplici forma, qua liberi olim exibant patria poteſtate, & effectibus; & de iure patris manumiſſoris.*

Cap. XX. *Vtr. condemnato ad vltimum ſupplicium ex priuilegio teſtari potente, ſi quod antea habebat factum teſtamentum, valeat; an verò pœna irritum factum reficiendum ſit? Vtr. l. ſi ita ſtipulatus, 97. §. vlt. ff. de verb. oblig. procedat etiam in vltimis voluntatibus? vbi de dato, vel relicto alicui, ſi nupſerit danti, vel relinquenti, an & quando valeat. Vtr. ademptio legati ſub conditione, ſi hæres voluerit, prout liberam voluntatem importat, valeat?*

Finis Index Argumentorum.

I N D E X T E X T V V M,

qui in hoc primo Tomo nouè explicantur.

Ex ff. Veteri.

L. Omnium, ff. de legibus, pag. 302. nu. 61.
l. homo liber. ff. de ſtatu hominum, p. 273. nu. 22.
l. qui liberatus, 12. verſ. ſed ſi ſemel, ff. de adoptionib. p. 245. nu. 15.
l. ſi paterfam. 15. ff. eod. tit. pag. 352. nu. 23. & in §. qui duos. p. 245. nu. 14.
l. in tantum, 6. ff. de rerum diuiſ. p. 153. num. 3. & num. 6.
l. iuriſgentium, verſ. & ideo, ff. de pactis, p. 337. num. 13.
l. niſi 22. ff. eodem tit. p. 320. nu. 19.
l. videlicet 26. ff. eod. tit. p. 322. nu. 26.
l. furti, §. vlt. ff. de his, qui notant. infam. p. 264. num. 41.
l. metum, 9. §. ſed licet, ff. eo quod met. cauſ. p. 76. num. 28.
l. ſi mulier, §. ſi metu, ff. eod. tit. p. 127. num. 16.
l. non diſtinguemus, verſ. ſacerdotio, ff. de receptis arbitr. p. 94. nu. 14.
l. diem proferre, §. 1. ff. eod. tit. p. 260. nu. 23.
l. Titia, ff. de inoff. teſtam. p. 242. nu. 35.
l. filio, §. 1. ff. eod. tit. p. 348. nu. 4. prope finem.
l. pater filium, ff. eod. tit. p. 354. nu. 31.
l. hæreditas etiam, ff. de petit. hæredit. pag. 120. num. 16.
l. ſi poſt acceptum, ff. de rei vendic. p. 173. nu. 17.
l. ſi a Titio, ff. eod. tit. p. 177. a nu. 1. cum ſeqq.
l. cum ſponſus, §. in vectigalib. ff. de Publiciana, p. 169. à nu. 1. & p. 170. n. 4. & omnino, p. 173. nu. 20. & in §. ſi res, p. 172. nu. 14.
l. eum qui, in princip. ff. eod. tit. p. 175. nu. 27.
l. de pretio, ff. eod. tit. pag. 180. num. 18. & p. 181. num. 20.
l. ſiue autem, §. ſi duobus, verſ. quod ſi à diuerſis, ff. eod. tit. p. 182. nu. 25.
l. ſi ego, §. partus, verſ. idem Iulianus, ff. eod. tit. p. 212. ex nu. 39. & iterum in d. §. partus, verſ. interdum, p. 217. nu. 62.
l. vlt. ff. eod. tit. p. 178. num. 8.
l. ſi quis vnas 32. ff. de vſufructu, p. 305. nu. 11.
l. is qui vſumfructum, ff. de quibus mod. vſusfr. p. 309. num. 11.
l. vſus aquæ, ff. de vſu, & habit. p. 306. nu. 15.
l. vt pomum, ff. de ſeruitut. p. 303. a n. 1. cum ſeqq.
l. quoties nec hominum, ff. eod. tit. p. 306. nu. 13.
l. ei fundo, ff. eod. tit. ibidem.
l. ſi tam anguſti, ff. eod. tit. p. 309. num. 10.
l. qui duo, ff. de ſeruit. ruſtic. pag. 307. a num. 1. cum ſeqq.
l. viæ latitudo, ff. eod. tit. p. 308. nu. 7.
l. loci corpus, in princip. ff. ſi ſeruit. vendic. pag. 308. num. 5.
l. ſi eo. §. vlt. ff. eod. tit. p. 309. nu. 15.
l. 2. ff. quemadm. ſeruit. p. 309. nu. 15.
l. nam ſatis, §. certe, ff. eod. tit. pa. 309. a num. 8. cum ſeqq. & iterum in §. ſi verò per latitudinem, verſ. poſſunt. ibid. nu. 11.
l. videamus, 4. ff. in litem iurand. p. 245. num. 16.
l. non eſt nouum, 5. ff. de condict. indebit. pag. 72. num. 4.
l. ſeruo manumiſſo, ff. eodem tit. p. 158. a num. 3. cum ſeqq.
l. Iulianus verum, ff. eod. tit. p. 199. nu. 23. cũ ſeq.
l. indebiti, §. ſed ſi numi, ff. eod. tit. p. 324. nu. 4.
l. repetitio, ff. eod. tit. ibid. num. 5.
l. ſi in arca, in 2. reſponſo, ff. eod. tit. ibid. nu. 6.
l. cum is, § qui hominem, ff. eod. tit. p. 344. nu. 27.
l. ſi non ſortem, §. ſi decem, ff. eod tit. p. 346. n. 36.
l. 2. ad fin. ff. de condict. ſine cauſa, p. 159. num. 6.
l. 2. ff. de condict. triticaria, p. 324. nu. 3.
l. ſi cum venderet, ff. de pignor. act. p. 325. nu. 7.
l. 1. ff. quando de peculio actio. p. 65 nu. 62. & iterum in §. alienatio, p. 351. nu. 24.
l. ſi quod, 5. ff. de compenſat. p. 166. nu. 11.
l. ſi verò non remunerandi, 12. §. vlt. ff. mandati, p. 261. num. 26.
l. idem eſt, 13. ff. eod. tit. pag. 260. nu. 23.
l. ſi quis alicui, ff. eod. tit. p. 265. nu. 44. & nu. 47.
l. ſi hominem, ff. eod. tit. p. 265. nu. 45. & nu. 47.
l. ſi mandauero, §. is cuius, ff. eod. tit. p. 297. n. 33.
l. cum duobus, 52. §. idem reſpondit, ſocietatem, ff. pro ſocio, p. 259. nu. 19.
l. cum manu ſata, §. vlt. ff. de contrahenda emp. p. 260. nu. 21.
l. 1. ff. de hæred. vel act. vend. p. 150. nu. 68.
l. 2. §. illud poteſt, ff. eod. tit. p. 150. a nu. 66.
l. neceſſario, §. ſi ita res, ff. de periculo, & commod. p. 199. nu. 25.
l. Iulianus, §. ſi quid ſeruo, ff. de act. empt. p. 131. num. 35.
l. ſi ea res, §. vlt. in fine, ff. eod. tit. p. 179. nu. 9. & nu. 11. & iterum, in j. reſponſo, p. 182. nu. 25.
l. ſi quis alienam rem, ff. eod. tit. p. 180. nu. 16.
l. emptorem, §. vlt. ff. eod. tit. p. 260. nu. 24.
l. 4. ff. locati, pag. 257. nu. 12.
l. naturalis, §. at cum do. verſ. ſed ſi dedi, ff. de præſcript. verb. p. 337. a nu. 13.
l. ſi rem, §. vlt. ff. eod. tit. p. 290. nu. 28.
l. ſi debitor, ff. de pignorib. p. 181. nu. 22. & pag. 182. num. 26.
l. ſi prægnans, ff. de euictionibus, pag. 211. nu. 36. cum præced.

Digitized by Google

l.Si venditor, ff. eod. tit. ibidem.
l.ſi a Titio, ff.de excep t.rei vendit. p.177. a nu.1.
l.ſi pactum, 9.verſ.vlt.ff.de probat.p.261. nu.28.
l.cum autē,§.vlt.verſ.vlt.ff.de ædilit.edict.p.131. a num.35. & iterum, in §.vlt.verſ. Pedius.pag. 132. à nu. 39.
l.1.verſ.1.ff.de teſtib. p.29. num.13.
l.idonei, ff.eod.tit. p.29. num.12.
l.pater, ff.eod.tit.p. 27.nu.1. cum ſeqq.
l.iniquiſſimum, ff.de iuris, & facti ignor. p. 263. nu.39.ante finem.
l.præfectus, ff.de ritu nupt. p.82.nu.55.
l.1.ff.de fundo dotali.p.171.nu.8.& nu.13.
l.ſi fundum, ff.eod.tit. p.171.nu.13.
l.quod autem, §.ſi vir, & vxor, ff.de donat. inter virum,p.115.num.52.& iterum, in §.vlt.pag. 266.num. 47.
l.ſed ſi mors, 13.verſ.proinde, ff.eod.tit. p.223.a num.1.& p.226. a num. 15.& p.230.num.35. & p.231. nu.39.
l.cum hic ſtatus, §.ſi donator,verſ.ſi miles,ff.eod. tit.p.225.nu.9.& p.227.nu.21.

Ex Infortiato.

L. Diuortio,in princip.ff.ſoluto matr. p. 15. a nu. 1. & iterum,in verſ.neque enim,p.15.ex nu.6. & iterum, verſ.itaq; p.17. ex nu. 15. & iterum in §.non ſolùm, pag.24. num.38. & iterum in §. è contrario, verſ. item ſi meſſes, pag. 27. num. 49.
l.1.verſ. ego quidem, ff. de concubinis, pag. 340. nume. 3.
l.qui teſtamento, 37. ff. de excuſat. tutor. p.192. à num. 43.
l.3.ff.de teſtam. p.299. num.44.
l.ad teſtium,in princip.ff.eod.tit. p.28.num.6. & p.31. num.19.
l.qui teſtamento, §.vlt. ff.eod.tit. p.75. nu.23.
l.Gallus, §.forſitā, verſ.ergo,ff.de liber. & poſth. p.245. a nu.1. & omnino à num.6.
l.ſi quis filio, §.irritum,verſ.niſi forte, ff. de iniuſto, rupto, p.356.nu.5.& iterum in verſ.ſed & ſi quis, p.357. nu.8.
l.filio præterito, verſ.1.ff.eod.tit. p.24.nu.30. & iterum, verſ. vlt. ibid.nu.31.
l.cum in ſecundo, verſ.1. ff.eod.tit.p.160.nu.12.
l.verum, §.filia, ff.eod.tit. p.351.nu.15.
l.quoties, §. ſi quis ita dixerit, ff. de hæred. inſtit. p.251. num.7.
l.ſi Mœuia 45.ff.eod.tit.p.160.nu.10.
l.liber homo, 59.ff.eod.tit. p.126.nu.10.
l.eius ſeruum, 64. ff.eod.tit. p.119. num.14. & p. 122. a nu.26.
l.captatorias, 70.ff.eod.tit. p.112.nu.42.
l.2.verſ.adeo, ff. de vulgari, p.144. nu.41.
l.ſi is qui, ff.eod.tit. p.343. à nu.16.
l.cohæredi, §. cum filiæ, verſ. quod ſi hæredem, ff. eod. tit. pag.7.num.27. & p.8. num. 32.
l.ſi filius,qui patri, ff.eod.tit. p.139.à num.14. & omnino, p.142. à nu.32.
l.ſed ſi plures, §.1. ff.eod.tit. p.142.nu.33. & iterum in §.filio, p.136. a nu.1. cum ſeqq. & iterum in §.ſi ex aſſe.p.144.nu.41.
l.4. §. idem Iulianus, ff. de condit. inſtit. p. 160. num. 11.
l.mulier, ff.eod.tit. ibidem.
l.vter ex fratribus, 23. verſ. ſi neuter, ff. eod. tit. p.251.nu.8. & p.253.nu.18.
l.qui ex fratribus, 24.verſ. quia verum, ff.eod.tit. p.251.nu. 10. cum ſeq.
l.idem eſt , §. & deportati, ff. de milit. teſtam.p. 294. nu. 16. cum ſeqq.
l.1.ff.de acq.hæred. pag.120.num.16. & p. 141. num. 31.
l.2. ff. eod.tit. p.120. num.16.
l.ſi ex aſſe , ff. eod.tit. ibidem.
l.per procuratorem, ff.eod.tit. p.266.num.47.& iterum, in §.1. p.64.nu.55.
l.aditio, in princip. ff.eod.tit. p.125.nu.3. & iterum in verſ.vlt. p.125.a nu.1.& omnino,pag. 128. num.23.
l.qui in aliena, §.ſi is qui putabat, ff. eod.tit. pag. 127.num.12.
l.Iulianus, verſ.ceterum, ff.eod.tit.p.137.num.7. & p. 142.nu.32.
l.Quæſitum, ff.eod.tit.pag.138.a nu.9. & p.145. nu.43. & num.45.
l.ſi is qui, ff.eod.tit. p.141.nu.28.& p.143.nu.39.
l.filius, qui ſe paterna, ff.eod.tit. p.144. a nu.42. & p. 148. a nu.58.
l.pro hærede, §.Papinianus, ff. de aeq. hæred. p. 146. a nu. 46.
l.qui patri, ff. eod. tit. p.148. a nu.60.
l.impuberibus, ff.eod. tit.p.248. nu.28.
l.gerit, ff.eod.tit. p.286.num.11.
l.1.§.ſi proponatur,ff.ſi quis omiſſa cauſa teſtam. p.38.nu.20.& iterum in §.prętermittere, ibid. num.19.& iterum in §.qui conditione, p.254. nu.20.& iterum §.non quærimus, verſ.toties, p.65. num.64.
l.2. ff.eod.tit. p.40. num.31.
l.3.ff.eod.tit. p.41.num.35.
l.quia autem, §.planè, verſ.nam ſi incidit, ff.eod. tit.p.36.nu.9.& p.40.nu.29. & p.47.nu.55. & p.49.num.64. & iterum, in d.§.planè, verſ. ſi verò non incidit, p.48. nu.59.
l.Iulianus, ff.eod.tit. p.35.a num.1. cum ſeqq. & p.39.nu.25.& p.46.nu.49. & nu.51. & p.47.a nu.54. & iterum in verſ. vlt. p.37. a num. 13.
l.cui ſeruus, ff.eod.tit.pag.39.nu.18.p.40.nu.27. & num. 28.
l.ſi ab inſtituto, ff.eod.tit.p.39.nu.23.
l.ſi non ſolus, ff.eod.tit. pag.41. a num.32. & p. 45. num.46.
l.ſi eadem, ff.eod.tit. p.41. num.36.

l.ſi quis

l.ſi quis pecuniam, ff.eod.tit. p.42.nu.38. & pag. 45. num.45.
l.ſi quis ſub conditione, ff.eod.tit. p.254.nu.21.
l.vlt.ff.eod. tit. p.65.num.64.
l.1. verſ.in eo.ff.ad S.C. Syllan. p.281. nu.34.
l.diui, §.codicillos, ff.de iure codicill. p.65.nu.61.
l.conficiuntur, ff.eod. tit. p.39.nu.23.
l.filiusfam.114.§.vt quis hæredem, ff.de leg. primo, p.4.a nu.14.p.7.nu.26.p.10.nu.37.cū ſeq. & iterum, in §.cum pater, p.275.a nu.1.cum multis ſeqq.
l.licet Imperator, ff.eod.tit.p.36.num.10. & ſeq.
l.ſi eadem, ff.eod tit. p.42.nu.37.
l.ſeruum filij, ff.eod.tit.p.66.a nu.66.
l.ab omnibus, §.in teſtamento, ff. eod.tit. pag. 160. num.12.
l.non quocunq; §. Iulianus, quid ſi, ff.eod.tit.pag. 211.num.38.
l.cum filioſam.50. verſ. ego quidem, ff. eod. tit. p. 247.nu. 26.
l.ſi ſeruus Titij, ff.eod.tit. p 287.nu.15.
l.ſi fundum ſub conditione, §.qui fundum, ff.eod. tit. p.307.nu 2. & nu 4.
l.filio, ff.eod tit p 313.nu.11.& ſeq.
l.a filio, ff. eod. tit p 313.nu. 14.
l. quæſitum, in princip. ff. eod.tit. ibid.nu.15. & iterum, in §.1.p.314.a nu.16.& nu.20.& pag. 315.nu.22.
l. Iulianus, §. vlt. ff. eod. tit. p.315.nu. 23.
l.ſi hæres generaliter, ff.eod.tit. p.329. nu.10.
l.ſi domino, ff.eod. tit. p 331.nu.20.
l.vlt. ff eod. tit. p.82. nu. 55.
l. ſi quis ſeruum 8 §.1. ff. de legatis 2.p.334.n.35.
l.Imperator, §. cum quidam, ff.eod.tit.p 5.nu.22. pag. 7.num 25.
l.ſi quid ex Pamphila, ff.eod.tit. p.211.nu.38.
l.cum pater, §. Mæuio, ff eod.tit. p. 262.a nu.32.
l. miles ad ſororem, ff.eod.tit.p.263.a nu 35.
l. vnum ex familia, §. ſed ſi vno, & §. ſi duos, ff. eod. tit. p. 279. nu.26. & iterum, in §. ſed & ſi fundum. p.280.a nu.29.& nu. 31.& nu.33.
l. peto, §.prædium, ff.eod tit.p.281.nu.34.
l.ſi ita relictum, §.1. ff eod.tit. p.330.nu.17.
l.Mæuio, ff. eod. tit. p. 341. a nu. 7.
l. Mæuius, §. duorum, ff. eod. tit. p. 345.nu. 34.
l. 2. ff.de legatis 3.p.241.num.34.
l. 3.ff.eod.tit. pag.225. nu.10.
l.ſi fuerit, 5.verſ. vlt.ff.eod.tit.p.8.num.33.
l.ſi deportati, 7.§. primo, ff.eodem tit. pag.298. num.35.
l.is qui complures, 94. ff. eod. tit. pagina 279. num. 23.
l. Titio vſusfructus, ff. de vſufr. legato, pag. 328. num. 3.
l. vxori maritus, ff.eod.tit.pag.71.a nu.1.& p.82. nu.53.& p.84.a nu.64.
l.qui dotem, 12. ff. de dote præleg. pag. 162. à num. 20.
l.2. ff.de optione leg. p.329.nu.10. & iterum in §.data, pag.333.nu.31.
l.ſi optio, ff.eod.tit. p.314. a num.16, pag. 315. nume. 22.
l. ſeruo ſine, ff.eod.tit. p.314.num.18.
l.illud, aut illud, ff. eod.tit. p.330.nu.19.
l.ſi pamphilo, 10.ff.eod.tit. p.331. a nu.21.
l.ſi Eros, ff.eod.tit. p.332.nu.25.
l.apud Aufidium, ff.eod.tit. p.333. nu.32.
l.eum ſine præfinitione, ff. eod. tit. pagina 334. nume. 36.
l. penult. ff.eod. tit. pag.333.num.33.
l.ſi cui fundum, 5. ff.de fundo inſtruct. pag. 336. a num. 7.
l.nam quod liquide, §. vlt. ad fin.ff.de penu legata, pag.284.num.1.
l.is cui.ff.de alimentis, & cibar.leg. p.272.nu.17. & p. 273. nu.22. & ſeq.
l.Mela, §.vlt. ff.eod.tit. p.306. nu.14.
l.legata, verſ.quibus ex cauſis, ff.de adimend.leg. p.359. num.23.
l.legatum, ff.eod.tit. p.360.nu.24.
l.2.verſ.per contrarium, ff.de his, quibus vt indig. p. 82. num.55.
l.eum tabulis, §.quoniam, ff. eod. tit. pag. 340. a num. 1.
l.multa, 6.§. ſi ſeruos, ff.de cond.& demonſtr.p. 161.a nu.15.
l.hæc conditio, 10. §. vlt. ff. eod. tit. pag. 247. num. 27.
l.qui hæredi, §.certe, ff.eod. tit. p.147. nu.53.
l.cum tale, §.falſam, ff.eod.tit. p.160. num.12.
l.Titio vſusfructus, §.1.ff.eod.tit. p.201.nu.37.
l.Auia, §.Titio, ff. eodem tit. pag.195. num. 2. & ſeq.
l.Titiæ centum, ff.eod.tit. p.197.nu. 11.
l.mulieri, & Titio, ff.eod.tit. p.197.nu.12.
l.ſi quis legata, ff.eod.tit. p.246. a nu.22. & pag. 248. num.29.
l.in teſtamento ita, ante fin. ff.eod.tit. pag.253. a num.14.
l.conditionum, quæ, verſ.1. ff. eod. tit. pag.359. num. 17.
l.1.ff.ad legem Falcid. p.299. nu.44.ad fin.
l.Neſennius, §.ſeruo, verſ. ſed, et ſi, ff.eod.tit. p. 35. a num.1. cum multis ſeqq.
l.filiusfam.ff.eod.tit. pag.65.nu.60.
l.quod de bonis, §.quod auus, ff.eod.tit. pag.86.a nu.1.cum ſeqq. & iterum, d.§.quod auus, verſ. planè, p.87. a nu.5.& nu.9.
l.qui filium, ff.ad S.C.Trebel.p.3.nu.12.
l.ex facto, verſ. Iulianus quoq; ff.eod.tit. p.5.nu. 22.p.7.num.25. & iterum in §.ſi quis rogatus, il ſecondo, verſ. ſed ſi ſeruus, pag.270. a nu.1. cum ſeqq.
l.Imperator, ff. eod.tit. p.60. nu. 38.
l.mulier, §. cum proponeretur, ff. eod. tit. p.89. num.15. & nu.20.

l.1. ff. quando dies leg. pag.149. num.63.
l.qui hæredis, 7. §. tantundem, verſ. tractari, ff. eod.tit. p.149.nu.62.
l.ſi dies, ff.eod.tit.p.246.nu.20.& ſeq.
l.cum legato, ff.eod.tit. p.313. nu.14.
l.ſed cum patrono, ff.de bonorum poſſeſs.p.236. num. 16.
l.vnica, verſ. ſi hæres inſtitutus, ff. ſi tabulæ teſtam.extab. p.76.nu.29.
l.ſi ex duobus, 14. ff.de bonorum poſſ.contr.tab. p.238. à nu.26.
l.filium, verſ. ſed quemadmodum, ff. eod.tit. p. 234. num. 8.
l.is qui in poteſtate, ff. de legatis præſtand.p.147. nu.51.& iterum, in verſ.vnde, & ſi duo, pag. 235. a num.1. cum ſeqq. & p. 236. a num.20. cum ſeqq.
l.ſi duo, ff. eod.tit. pag.235. a nu.1. & pag. 236. a num. 20.
l.filium, §.vlt.ff.eod.tit. p.238.a nu.26.
l.1.§.ſi impuberi, ff.de collatione bon. pag.248.a num.30. cum ſeqq.
l.1.§.ſed,& ſi patruus, ff.de coniung. cum emancip. p.278. nu.15.
l.2.§.ſi quis ita, ff.de bon.poſſeſs.ſecund.tab. pag. 251. num.6.
l.ſi ſub conditione, ff.eod.tit.p.238.nu.25. & iterum, in verſ. vlt.p.241.nu.33.
Rubr. ff.ſi quis a parente, p.352.nu.22.
l.1.§.vlt.verſ.patrem, ff.eod.tit. p.348.a num.1. cum ſeqq. & omnino, p.353. a nu.26.
l.3.ff.eod. tit. pag.353. num.27.
l.ſi ex patronis alicui, §.Iulianus, ff. de bonis libert. p. 278. nu. 16.
l.ſi patronus teſtamento, §.1. ff. eod.tit. pag.94. a num. 16.
l.1.§.ſed, & ſi exhæredato, verſ.ſed, & ſi poſt, ff. de aſſignand.libert.p.94. a nu.16.
l.3.§.emancipatos, ff. eod.tit. p.92. nu. 6.
l.vtrum, 9. ff. eod. tit.p.91. a nu.1. & p. 92.a nu. 5. & p.93. nu.8. & nu. 10.
l. vnica, verſ. 1.ff.ſi tabulæ teſtam.nullæ ext. pag. 253. num. 13.
l.ſi is qui, ff. vnde cognati, p. 272.nu. 17.& p.273. nu.22. & ſeq.
l.1.§.filio, ff. ad S.C. Tertul. p. 272. nu.16. & p. 273. nu.20. & nu.22. cum ſeq.
l.2.verſ. ſed ſi filius, ff. eod.tit. ibidem.

Ex ff. Nouo.

l.ſi finita, §.ſi de vectigalib. ff. de damno infecto, pag.171.a nu.12. & p.173.a nu.19.
l.filiusſam. §.vlt. verſ. vlt. ff. de donationib. pag. 54.num. 8.
l.ſi aliquis, ff.de donat.cauſa mortis, p.227.num. 16. cum præced.
l.ſi mortis cauſa, 40. ff.eod.tit. p.226. nu.14.
l.mortis cauſa, §. Titia, ff. eodem tit. pag. 262. à num. 31.
l.4. ff.de manumiſſ. vindict. pag. 268. num. 16. cum ſeqq.
l.cum ex falſis, ff. de manum. teſtam. pag. 258. num. 17.
l.Quæſitum, verſ. Iulianus, ff.qui, & a quibus, p. 258. num.17.
l.2.ff. de natalibus reſtit. p.273.nu.23.
l.filium, ff. de liberali cauſa, p.275.nu.3.
l.homo liber. ff.de acq. rerum domin. pag.125. a num. 1. cum ſeqq. & omnino a num. 6. & a num. 24.
l.liber homo, ff. eod. tit. ibidem.
l.qui bona fide, verſ. generaliter, ff. eod.tit. pag. 127.nu.17. & p.128. nu.24.
l.bonæ fidei, ibi. ſi pupilli, ff.eod.tit.p.174.num. 21. & iterum in princip.p.220.num.77. & iterum, in verſ. & ideo, pag. 220. nume. 80. & iterum, in verſ. & ſanè quin. pagina 221. nume. 81.
l.3.§. Nerua, ff. de acquiren. poſſeſſ. pag. 284. num. 1.
l.fundi, 33.§.vlt. ff.eod.tit. p.265.nu.42.
l.peregre, 43.ff. eod.tit. p.285. num.3.
l.4. §.lana, ff.de vſucap. p.170.nu.4.& p.220.nu. 77. & iterũ in eod.§.lana, verſ. idem in agnis, p.220.nu.80. & iterum, in §.de illo, p.209. ex num.24.& omnino, p.210.num.29, & iterum in eod.§.de illo, verſ.ſi antequam, p.215.nu.5. in fine, & iterum in §.fructus, p.219.num.75. cum ſeqq.
l.ſi aliena, §.vlt. ff. eod. tit. p.206. num.11. cum ſeqq. & p. 208. à nu.20.
l. non ſolùm, ff.eod. tit. p.212. a num.39.
l.iuſto, §.& ſi poſſeſſionis, verſ. veluti, ff. eod.tit. pag.215. nu.51.
l.ſi homo, ff.eod.tit.p.287. a nu.17.
l.vlt.in princip.verſ. vlt.ff.eod.tit. p.152. a nu.1. & p.154.a nu. 10.
l.2. §.ſi a pupillo, verſ.& ideo, ff.pro empt.p.174. a num. 23.
l.qui ob pactionem, ff.eod.tit. p.209. a num. 25. & p.213. nu.45.
l.ſeruus, ff. eod. tit. ibidem.
l.quod vulgo, ff.eod.tit. p.213.num.43.
l.2.verſ.finali, ff.eod.tit.p.221. num. 85.
l.ſi ancillam, ff.eod.tit. p.210. a nu.32. & p.216. a nume. 56.
l.præſes, 27. ff. de re iudic. p.185. a num.1. cum ſeqq. & omnino, p.188. a nu.23.
l.cum prolatis, 32.ff.eod. tit.p.189.a num.27. & omnino, p.192. a nu.38.& num.41.
l.1.ff. de ſeparationib. pag. 143. nu.38.
l.hoc iure, ff.de aqua quotid. p.306. nu.13.
l.competit, 16.§.1. verſ.ſed ſi amænitas, ff.quod vi, aut clam. p. 305. num.12.

l.ſi quiſquam,ff.de diuerſ.& tempor.præſcr. pag. 157.a.nu.4. & p. 156.num.15.
l.apud Celſum, §.ſi quis autem,ff.de except.doli, pag.46.nu.48.& iterum in §.ſi à Titio, p.177. a nu.1. cum ſeqq.
l.1. §.ſi ſtipulanti, ff.de verb.oblig.p.335.a nu.1. cum ſeqq. & iterum in §.ſi quis ſimpliciter, verſ.cum adijcitur, p.336.nu.4.
l.inter ſtipulantem, §.ſi ſtipulante, verſ. diuerſa, ff. eod.tit.p.336.nu.5.
l.ſi ita ſtipulatus, §.vlt. ff.eod.tit.p.357.a nu.10. cum ſeqq.
l.ſi ſeruus communis, 18.ff.de ſtipul.ſeruorum,p. 66. num. 67.
l.homo liber. 20. ff.eod.tit.p.126.nu.7.
l.ſi ſtipulatus, 15.§.1.ff.de fideiuſſor. p.316.a nu. 1.cum ſeqq.
l.ſi Titius, ff.eod.tit. p.318.nu.14.
l.1. ff.de ſolutionibus, pag. 164. a num. primo, num. 10.
l.4. ff.eod.tit. pag. 166.nu.14. cum ſeq.
l.in his, 5. §. Imperator, ff. eodem tit. pagina 167. a nume. 17. & pagina 168. num. 21. & nume. 23.
l.Paulus reſpondit non ideo, verſ.Paulus, ff.eod. tit.pag.164. a nu. 1. cum multis ſeqq.
l.ob triginta, ff. eodem tit. pag. 165.a num.9. & num. 15.
l.pupilli debitor, §. cum eodem, ff.eod.tit.p.168. nu. 21. & nu.23. & num.24.
l.Stichum, §. penult. ff. eodem tit. pagina 320. nume. 20.
l.qui decem, §. ſtichum, ff.eodem tit.pag. 345. nume. 34.
l. vlt. ff. eod. tit. p.256. a num.1. cum ſeqq. & p. 266. a nu. 48.
l.ſi ante acceptum, ff. iudicatum ſolui, pag.178. nu.5. & p. 179. a nu.12.
l.qui vas, §.ancilla, ff. de furtis, pag.205. a num. 1. cum ſeqq. & pagina 210. num.31. & pag. 221.num.85.
l.falſus, 44. §.ſi iactum, ff.eod.tit. pag.284. a nu. 1. cum ſeqq. & iterum in §. qui alienum, verſ. quod ſi dominus, p.286. nu. 8.
l.a Titio, ff.eod.tit. pag.287. nu. 14.
l.in actione furti, ff. eod.tit. p.289. nu.23.
l.ſi is qui rem pignori, ff.eod.tit. ibidem.
l.ſi vendidero, §. vlt. ff. eodem tit. pagina 290. num. 28.
l.1. §. Scæuola, ff. ſi is qui teſtam. liber eſſe, pag. 286.num.34.
l.3.in princip.ff.de incendio, ruina.p.284.a num. 1. cum ſeqq.
l.iniuriarum, 13.§.vltimo, verſ.vſurpatum, ff. de iniur.pag.153.nu.5. & iterum in §.ſi quis me. pag.156.nu.17.
l.ſanè, 14.ff.eod.tit.p.156.num.18.
l. ſi poſtulauit, §. iubet lex, ff. ad legem Iul. de adulter. pagina, 83. nume. 61.
l.moris, §. ſed enim ſciendum, ff. de pœnis, pag. 187. num. 15.
l.qui vltimo, ff. de pœnis, pag.271. num.9.
l.relegatorum, 7. §.ad tempus, ff. de interd.& releg. p.187.num. 16.
l. ſi expreſſim, ff. de appellation. pagina 191. num. 35.
l. 1. §.item cum contra, ff.quæ ſententiæ ſine appell.p. 186.nu. 11.& p.189. num. 26. & p.190. nu.29. ad fin.& p.192. nu.40.
l.in bello. 12. §.ſi quis ſeruum, ff.de captiuis,pag. 218. num.72.
l.1. verſ. vlt. ff. de caſtrenſ. pecul. pagina 68. num. 73.
l.proponebatur, ff.eod.tit. pag.66. a num. 66.
l.filiusfam. ff.eod.tit.pag. ibid.num 67.
l.pater, in princip.ff.eod.tit.p.65.n.62. & iterum in §. 1. pag.65. num.63.
l.vlt.ff.eod.tit. p.67.num.71.
l.1.§.niſi, ff.ad municipal.pag.338. a num. 19.
l.aufertur, ff.de iure fiſci, p. 80. a nu.46.
l.Statius, §. Cornelio, ff.eodem tit. pagina 83. num. 62.
l. alienationis verbum, ff. de verborum ſignific. pag. 171. nu.13.
l.verbis legis, ff.eod.tit. p.295. nu.23.
l.lege obuenire, ff.eod.tit. ibid. num.24.
l.qui fundum, ff. eod. tit. pag.305. nu.10.
l.ex qua perſona, ff. de regulis iuris, p. 46. nu.47. & p. 279. num.25.
l.nemo alieno, ff.eod.tit. pag. 266.nu.47.& pag. 331. num. 22.
l.nihil tam naturale, ff. eod.tit.p.302.num.62.

Ex Inſtit.

§. eadem, Inſtit. quibus ex cauſis man. pag.101. num. 15.
§. vlt. Inſtit. de rerum diuiſ. pag. 284. a num. 1. cum ſeqq.
§. vlt. in fine, Inſt. de vſu, & habit. pag. 299. num.45.
§. pater, Inſtit. de teſtam. ord. pag. 27. a num. 1. cum ſeqq.
§. legatarijs, verſ. & multo magis, Inſt. eod.tit. pag.33. num.29.
§. ſed cum paulatim, Inſt. eod. tit. pagina 108. num. 18.
§. ſed prædicta, Inſt. eod. tit. p. 299. nu.42.
§. præterea Inſt. eod.tit. pag.301. nu. 53.
Princip. Inſt. quibus non eſt permiſſ. pagina 64. num. 58.
§. ſeruus etiam alienus, verſ. cum etiam, Inſt. de hæred. inſtit. pag. 117. a num. 1. & p.120. a num. 15.

§. non

§. non tamen, Inſt. quibus modis teſtam. infirm. pag. 356. num. 7.
§. an ſeruo, Inſtit. de legatis, pag. 311. a num. 1. cum ſeqq.
§. optionis, Inſt. eodem tit. pagina 328. num. 1. cum ſeqq.
§. ſi quis ancillas, verſ. idem eſt, Inſt. eod. tit. pag. 336. a num. 7.
§. datur, Inſt. de aſſignat. libert. p. 91. a num. 1. & p. 92. a nu. 5. & p. 93. a nu. 10.
§. præterea, Inſtit. de inutilib. ſtipul. pag. 335. a num. 1.
§. rectè, verſ. item ſi. Inſt. mandati, pagina 258. num. 16.

Ex Codice.

l. Deo nobis, §. 1. C. de Epiſcopis, & cleric.
l. licet inter priuatos, C. de pactis, p. 113. a num. 43. & p. 116. num. 61.
l. cum donationis, 34. C. de tranſanct. pag. 107. num. 9.
l. 3. C. de his, quæ vi. p. 219. nu. 73.
l. vlt. verſ. in his itaq; C. de inoffic. teſtam. pag. 54. num. 12.
l. de hæreditate, C. de pet. hæred. pagina 324. num. 5.
l. cum a matre, C. de rei vendic. pag. 275. num. 1. & nu. 3.
l. mercatores, 4. C. de mercatorib. pagina 157. num. 21.
l. 1. C. de iure emphyt. p. 260. nu. 23.
l. 2. C. eod. tit. ibidem.
l. 1. C. de ſecund. nupt. p. 344. nu. 26.
l. vnica, §. cumq; verſ. ſed & nouiſſimi, C. de rei vxoriæ act. p. 26. num. 48.
l. res vxoris, verſ. vlt. C. de donat. inter virum, p. 227. nu. 20. & p. 231. a nu. 37.
Auth. ſed hodie nemo, C. eodem tit. pag. 271. num. 9.
l. 2. C. de bonorum poſſeſ. contra tab. pag. 236. num. 16.
l. filiæ dotem, 4. C. de collationib. p. 235. nu. 14.
l. vt liberis, C. eod. tit. ibidem.
l. ſi maritus, 14. C. eod. tit. p. 140. nu. 25.
l. vlt. C. de teſtam. milit. p. 301. a nu. 54.
l. penult. C. qui teſtam. fac. p. 59. nu. 32.
l. vlt. C. eod. tit. pag. 58. nu. 26.
l. cum antiquitas, 28. C. de teſtamentis, pagina 108. num. 19.
l. ſi pater, 4. C. de hæred. inſtit. pagina 79. a num. 41.
l. nec apud, 7. C. eod. tit. p. 80. num. 43.
l. vlt. C. eod. tit. pag. 68. nu. 73.
l. 1. C. de inſtit. & ſubſtit. p. 253. num. 14. & ſeq.
l. 2. C. eod. tit. ibidem.
l. quidam elogio, 20. C. de iure deliber. pagina 146. num. 60. & pag. 150. num. 69.
l. 1. C. de his, quibus, vt indign. p. 73. num. 12.
l. cum rem alienam, C. de legatis, pagina 67. num. 71.
l. 2. verſ. vlt. C. ſi quis omiſſa, pag. 41. a num. 32.
Auth. hoc amplius, C. de fideicommiſ. pagina 49. num. 66.
l. vlt. §. 1. C. communia de legatis, pagina 329. num. 9.
l. legatum, 4. C. de condit. inſert. pag. 253. a num. 14.
l. iubemus, C. ad S. C. Trebell. pag. 89. num. 14. & num. 20.
l. vlt. C. communia de ſucceſſionibus, pag. 64. num. 58.
l. 3. C. de bonis, quæ liberis, p. 64. num. 58.
l. 4. C. eod. tit. ibidem.
l. cum multa, C. eod. tit. p. 52. a nu. 1. cum ſeqq. & p. 61. num. 40.
l. vlt. §. filijs autem, C. eod. tit. pa. 59. a num. 30. cum ſeqq. & iterum, in §. neceſſitate, pagina 60. num. 39.
l. 3. C. de vindicta libert. toll. p. 266. nu. 47.
l. vnica, §. ſed, & ſi quis, C. latina libert. pagina 102. num. 21.
l. vlt. C. communia de manumiſſ. p. 100. nu. 14. & p. 103. nu. 26.
l. 1. C. de præſcript. longi temp. 10. uel 20. ann. pag. 172. nu. 16.
l. 2. C. quando prouocare non eſt, p. 186. num. 8. & p. 187. num. 13.
l. quiſquis, C. de donationib. p. 288. nu. 20.
l. vnica, C. de mulieribus, quæ ſe proprijs ſeruis, pag. 101. num. 17.
l. 1. C. de bonis proſcriptorum, pagina 298. num. 36.
l. 3. C. eod. tit. p. 66. num. 67.
Auth. bona damnatorum, C. eodem tit. pagina 355. num. 2.
l. exemplo, C. de decurionibus, libro 10. pagina 338. à num. 19.
l. vltima, C. de ſilentiarijs, lib. 12. pagina 56. à num. 21.
l. vnica, C. de caſtrenſi omnium palat. pec. lib. 12. p. 57. num. 22.
l. vlt. C. de caſtrenſi peculio, libro 12. pagina 57. num. 23.

Ex Authenticis.

Auth. de Hæredibus, & Falcidia, §. ſi verò expreſſim collat. 1. pag. 49. nu. 67.
Authent. de nuptijs, §. ſi verò decretum, verſ. & multo potius, collat. 4. pagina 98. a num. 1. & pag. 99. a num. 6. & pag. 100. num. 12. & iterum, in §. diſponat, pagina 299. numero 43.

Digitized by Google

Auth. de hæred. ab inteſt. venient. §. 1. cum ſeqq. collat. 9. pag. 63. a num. 52. & pag. 68. a num. 74.

Auth. vt liceat matri, & auiæ, §. 1. collat. 9. pag. 58. a num. 27.

Ex iure Canonico.

Cap. 1. de ſententia, & re iudic. pagina 192. num. 42.

Cap. vlt. de condition. appoſitis, pagina 359. num. 21.

Cap. vlt. 1. diſtinct. pag. 300. num. 48.

Ex ordinationibus Luſitaniæ.

Ord. lib. 2. Tit. 26. §. 19. pag. 81. num. 19.

Ord. lib. 2. tit. 35. §. 26. pag. 338. num. 22.

Ord. lib. 3. tit. 75. in princip. pag. 186. num. 8.

Ord. lib. 4. tit. 37. §. 1. pag. 326. nu. 12.

Ord. lib. 4. tit. 80. §. 1. pag. 108. num. 18. & pag. 100. num. 22.

Ord. lib. 4. tit. 81. §. 1. pag. 356. num. 5. & iterum in §. 3. pag. 61. nu. 43. & p. 62. a nu. 47. & pag. 69. num. 78.

Ord. lib. 4. tit. 83. §. 1. pag. 62. nu. 44. & a nu. 47. & pag. 69. num. 78. & iterum in §. 3. pag. 301. num. 57.

Ord. lib. 4. tit. 84. in princip. pag. 77. num. 32. & p. 79. num. 38. & iterum in §. 2. pag. 78. num. 33. & pag. 79. nu. 38.

Ord. lib. 4. tit. 85. §. 1. pag. 33. nu. 30.

Ord. lib. 4. tit. 87. §. 4. pag. 13. num. 45.

Ord. lib. 4. tit. 91. in princip. pag. 68. num. 76. & iterum, in §. 1. pag. 69. num. 78. & iterum in §. 2. pag. 85. num. 72. & iterum in §. 9. pag. 57. num. 22.

Ord. lib. 4. tit. 92. in fine princip. pagina 103. num. 26.

Ord. lib. 4. tit. 97. §. 9. p. 63. nu. 47. & iterum in §. 10. p. 61. num. 41.

Ord. lib. 4. tit. 98. §. 8. pa. 61. num. 42.

Ord. lib. 5. tit. 107. in princip. & §. 1. p. 157. num. 22.

Finis Indicis Textuum.

COPIA.

GLi Eccellentiſs. Signori Capi dell'Eccelſo Conſeglio di X. hauuta fede dalli Signori Reformatori del Studio di Padoua per relatione à loro fatta dalli due à queſto deputati, cioè, del Reuerendo Padre Inquiſitor, & dal circonſp. & fedeliſſimo Secretario del Senato Gioan Maraueglia, con giuramento, che nel libro intitolato Selectarum iuris interpretationum conciliationum Antonomicarum, ac variarum reſolutionum auctore Benedicto Pinello, non ſi troua coſa contra le leggi, & è degno di ſtampa, concedono licentia, che poſſa eſſer ſtampato in queſta Città.

Dat. die 12. Nouemb. 1612.

D. Andrea Minotto
D. Gio. Giacomo Gradenigo
D. Piero Moreſini
} Capi dell'Eccelſo Conſ. di Dieci.

Illuſtriſs. Conſilij Decem Secret.
Bartholomeus Cominus.

1612. adì 15. Nouembre.
Regiſtrato in libro à carte 117. tergo.

Io: Baptiſta Breatto. Off.
Contra Blaſph.

SELECTARVM IVRIS INTERPRETATIONVM; CONCILIATIONVM; AC VARIARVM RESOLVTIONVM.

Liber Primus.

AVCTORE BENEDICTO PINELLO. I. C.
Luſitano, & ordinario I.C. & ſimul extraordinario feudorum interprete, in Piſano almo Gymnaſio.

S V M M A R I V M.

Late agitur de intellectu, & materia l. filiusfam. 114. *§. vt quis hæredem. ff. de legatis* 1 *à nu.* 1. *per totum cap.*

Verba, ſecundum vulgarem formam iuris *debent ſubnecti in fine noſtri §. vt quis hæredem. nu.* 1.

De intellectu noſtri §. vt quis. late agit, ſed longe à veritate, Eman. à Coſta Luſitanus I. C. nu. 2.

Fideicommiſſum, quo quis rogatur, aliquem ſibi hæredem facere, olim inutile. nu. 3. *agitur de ratione inutilitatis. nu* 4.

Nouè reiecta ſententia eorum, qui putant præd. fideicommiſſum improbari ex ſententia eius Senatus, qui captatorias ſcripturas irritas ſtatuit. nu. 5.

Captatoria omnino debet concipi ſub vera conditione. nu. 6.

Captatoriæ omnis ſcriptura ſemper fuit inutilis; nec conſtat aliquo iure conualuiſſe. nu. 7.

Captatoriæ vitium in quo conſiſtat. nu. 8.

Ratio ob quam Senatus interpretatus eſt fideicommiſſum, vt honoratus ſibi hæredem faciat, *ad effectum, vt ſuſtineatur. nu.* 9.

Quid induxerit Senatus ad validitatem præd. fideicommiſſi. nu. 10.

Senatus, de quo ſupra, proceſſit interpretando voluntatem teſtantium. nu. 11.

Faciendi ſibi hæredem fideicommiſſum vi ipſa complectebatur vniuerſa bona, tam teſtatoris, quam hæredis rogati. ibidem.

Interpretatio præd. Senatus etiam habet locum; quãdo quis rogatur, ne teſtamentũ faciat. n. 12.

Nouè explicata l. qui filiũ 74. *ff. ad S. c. Trebell. ibid.*

Onus, & honor debent parificari. nu. 13.

Agitur de interpretatione noſtri §. vt quis hæredem, verſ. quid ergo. nu. 14.

Noſter verſ. quid ergo, procedit de iure ordinario citra præfatam Senatus interpretationem. nu. 15. *& nu.* 37. *verſ. vlt.*

Quæ dicatur vulgaris forma iuris, *de qua in vltimis verbis noſtri tex. nu.* 16.

Nouè explicatur l. ex facto. 17. *verſ. Iulianus quoque. ff. ad S. c. Trebell. nu.* 17.

Dictio copulatiua in legibus, aliquando coniungit tantum in modo & paritate deciſionis, non verò in modo decidendi. nu. 18.

Quæ requirantur, vt habeat locum interpretatio Senatus, de qua in d. l. ex facto. in princip. nu. 19.

Interpretatio Senatus etiam procedit, quando quis rogatur, vt faciat ſibi hæredem in certa parte hæreditatis, contra ſubtiliſſ. Coſtam. nu. 20.

Satisfit fundamentis, quibus Coſta mouebatur ad diſtinguendum inter grauamen iniunctum de faciendo ſibi hærede in parte, vel in tota hæreditate. nu. 21.

Nouè, ac late agitur de intellectu. l. Imperator. 70. *§. cum quidam. ff. de legatis* 2. *nu.* 22.

Interpretatio Senatus quomodo proceſſit ad validitatem fideicommiſſi aliàs inutilis. nu. 23.

Qui rogat hæredem, vt aliquem filijs ſuis cohæredem faciat, rogat omnino de bonis ipſius hæredis. num. 24.

Dictus §. cum quidam. etiam poteſt procedere in gra-

Digitized by Google

namine totius hæreditatis, ſi conſtet de mente teſtatoris; ſecus ſi non aperte conſtet. nu. 25.

Noſter verſ. quid ergo. ampliatur, vt procedat etiam in tota hæreditate hæredis reſtituenda. nu. 26.

Nouè, ac latiſſime agitur de intellectu l. cohæredi. §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. ff. de vulgari. nu. 27. & nu. 32.

Verbum. placuit, *regulariter refertur ad placitum, & communem conſenſum I. conſultorum. nu. 28.*

Pater poteſt rogare legitimos hæredes filij impuberis ad reſtitutionem hæreditatis pupillaris: ſicut ad ſubſtitutum pupillarem. nu. 29. & quomodo id intelligendum ſit. nu. 30.

Maxime differt onus impoſitum pupillo poſt mortẽ, vel impoſitum eius hæredibus. nu. 31.

Quomodo à l. ſi fuerit. 5. verſ. vlt. ff. de legatis 3. poteſt deduci argumentum à fortiori ab onere impoſito hæredi, hæredis ad perſonam primi hæredis. nu. 33.

Cur fideicommiſſum, de quo in d. §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. non impletur ex facultatibus hæredis pupilli ſecundum concurrentem quantitatẽ paternarum, quas acquirit. nu. 34.

An aliquando in terminis d. verſ. quod ſi hæredem. poſſit fideicommiſſum impleri ex bonis pupilli. num. 35.

Indagatur ratio differentiæ, cur non ita conſtet de mente teſtatoris in d. verſ. quod ſi hæredem. ad ſuſtinendum fideicommiſſum paternum ex bonis pupilli: ſicut in noſtro verſ. quid ergo. n. 36.

Quæ fuerit intentio teſtantium, dum rogant hæredes, vt aliquem hæredem ſibi faciant. nu. 37.

Non inſubtiliter indagatur Marciani I.c. mens in noſtro verſ. quid ergo. dum Scæuolæ, & Frontonis auctoritate utitur. nu. 38.

Perquiritur intentio eiuſdem Marciani, dum noſtro §. ut quis hæredem. ſubiunxit verſ. quid ergo. cuius deciſio ab illo non pendebat. nu. 39.

Epilogo percurruntur caſus, in quibus habeat locum, ceſſet ue interpretatio Senatus, de qua loquitur d. l. ex facto. ff. ad S.c. Trebell. nu. 40.

Quid dicendum, quando quis rogatur, ut faciat hæredem in bonis tantum rogantis. nu. 41.

Diſputatur, utr. quis à milite rogari poſſit, ut ſibi faciat hæredem? nu. 42.

Miles de iure gentium teſtatur ibidem.

Quare captatoria non valeat in teſtamento militis: cum aliàs libere teſtetur. nu. 43.

Miles poteſt ſubſtituere directo alcui extraneo. num. 44. de ratione vide. nu. 45.

Explicatur obiter ord. Luſitana lib. 4. tit. 87. §. 4. ibid.

Miles non poteſt rogare hæredem ſuum, vt ſimpliciter faciat ſibi hæredem in bonis proprijs. nu. 46.

Rogatus à milite, vt faciat aliquem ſibi hæredem, cogi ad id poteſt. nu. 47.

Quid dicendum, ſi rogatus decedat, antequam faciat ſibi hæredem. nu. 48.

Miles poteſt rogare hæredem, ut faciat ſibi hæredem in bonis proprijs, quatenus patitur hæreditas militis. nu. 49.

CAPVT PRIMVM.

Ad Marcianum I.C. in l. filiusfam. 114. §. vt quis hæredem, verſ. quid ergo. ff. de legatis 1.

ITA ſcribit Marcianus. *Vt quis hæredem inſtituat aliquem rogari non poteſt. Plane Senatus cenſuit, per indebabendum, atque ſi rogaſſet, hæreditatem reſtitui. Quid ergo, ſi hæres poſt mortem ſuam rogatus fuerit, hæreditatis ſuæ partem quartam reſtituere? Verius eſſe exiſtimo (quod & Scæuola notat, & Papirius Fronto ſcribit) ualere fideicommiſſum, atque ſi de hæreditate ſua reſtituenda rogatus eſſet. & eatenus reſtituenda eſt, quatenus hæreditas teſtatoris patiatur, ſecundum uulgarem formam*
1 *iuris*. Hæc vltima verba † continuatiue hic legenda eſſe, eleganter aduertit Ant. Auguſtinus, lib. 1. emendat. cap. 8.

De huius tex. intellectu late ſcribit ſubti-
2 liſſimus Eman. a Coſta † Luſitaniæ decus, & in legali doctrina ornamentum longe maximum. in cap. ſi pater, de teſtam. lib. 6. in 3. parte. verb. interdum. à nu. 100. cum ſeqq. quem I. conſultiſſimi Marciani mentem non attigiſſe puto. Quod vt oſtendam, in primis pro veritate eruenda, I. conſulti verum ſenſum indagabo; conſequenter enim corruent ceteræ interpretationes.

3 Pro vero igitur intellectu præſciẽdum eſt, olim inutile fuiſſe grauamen, vel fideicommiſſum, quo hæres ſcriptus aliquem certum ſibi hæredem inſtituere rogabatur: huiuſcemodi enim onus S. conſulto improbatum erat, vt inquit Vlp. in l. ex facto. 17. in princip. ff. ad S.c. Trebel. ibi. *& Senatus cẽſuit, rogari quidẽ quem, vt aliquem hæredem faciat, non poſſe &c.* & Marcianus, in noſtro §. vt quis hæredem. cuius ver-
4 ba retulimus. Rationem † autem reddunt vtrobiq; Gloſſ. & Doctores, quia ſcilicet teſtantium debet eſſe liberrima voluntas. iuxta elegantia verba Imp. in l. 1. C. de Sacroſ. eccl. vnde ſi ad libitum alterius, quam teſtatoris, inſtitutio hæredis fieret; ſequeretur ex alieno poſſe pendere arbitrio, quod ſatis conſtanter veteres negauere, vt tradit I.c. Caius, in l. illa inſtitutio. 32. ff. de hæred. inſtit. Nec ex con-

tractu,

tractu, vel quaſi, poteſt ſupremi iudicij libertas infringi. tex. in l. cum duobus. §. idem reſpõdit.ff.pro ſocio.in ſpecie notat Bart. in noſtro §. vt quis hæredem.num. 2. & vltra alios doctiſſ. M. Ant. Peregr. in tract.de fideicommiſſ. art.33. nu.5c.

5 Ex quibus obiter colligitur decipi eos, qui prædictum onus improbatum eſſe putant ex ſententia eius S. conſulti, quod inutiles pronũciauit captatorias ſcripturas.iuxta tex.in l.illę autẽ inſtitutiones. 71. verſ.ſed illud.ff.de hæred. inſtit. vbi ſimilis fere forma ponitur.

Quorum opinio aperte conuincitur. nam depoſitio de qua hic, omnino differt à captatoria. Primò, quia captatoria tam ex verbis, quã
6 ex ſententia S.conſulti neceſſario inducit † cõditionẽ; videlicet, ſi, vel ex qua parte, me, vel Sempronium inſtitueris, te inſtituo. d. l. illæ autem inſtitutiones. Peregr. d. tract. dę fideicõmiſſ.art.33.nu.60. (licet quoad perſonam tertij non bene exemplificet). Atq; ita antequam bona mea, vel hæreditas mea ad te perueniãt, debes me, vel Semproniũ inſtituere: ſecundũ naturam conditionis, quæ prius debet impleri, quã emolumentũ acquiratur. l. ei qui. 13. ff. de cõd. inſtit. l. multũ intereſt. ff. de cõd. & de monſtr. cũ alijs. notat Bart. in l. quibus diebus. §. Termilius. ff. de cõd. & dem. eleganter Franciſcus Sarmiento, lib. 2. ſelect. cap. 4. nu. 6. vbi idem comprobat, etſi diſpoſitio modaliter cõcipiatur: dummodo ex mente defuncti debeat impleri, antequam eius hæreditas ad grauatum deferatur; quia tũc reſoluitur in conditionalem. At diſpoſitio, de qua in præſenti, eſt verè modalis; & ita ſupponit, prius bona defuncti ad hæredem peruentura, quam ipſe teneatur alium inſtituere. idque patet ex noſtro tex. & in d. l. ex facto. vbi quæſtio eſt, an ſuppoſito, quod quis eſt hæres ſcriptus cum effectu, valeat grauamen iniunctum, vt quendam ſibi hæredem faciat: vnde apparet, diuerſam eſſe diſpoſitionem à captatoria, quæ ex ſententia Senatus improbatur.

7 Deinde ipſa inſtitutio prima, per quã quis hæredem ſcribebat ſub conditione, ſi Sempronium inſtituiſſet, tanquam captatoria erat omnino inutilis. d. l. illę aũt inſtitutiones. verſ. vlt. ff. de hæred. inſtit. l. 1. ad fin. ff. de his, quæ pro non ſcript. nec conſtat aliquo iure interpretãte conualuiſſe. At in præſenti, prima diſpoſitio eſt valida ſimpliciter; ſolumque qualitas oneris improbatur; & ob id ex interpretatione aptatur. d. l. ex facto.

8 Tandem in captatoria (caſu quo ſuſtineretur) poterat euenire, vt qui propter talem inſtitutionem, quendam ſibi hæredem inſtituebat, prius decederet: atque ita ſine eo, quod bona captantis ad eum peruenirent, bona captati ad illum tertium perueniebant; in quo conſiſtit vitium captatorię. Nam captator vbi primum conſequebatur intentum, ilico reſcindebat inſtitutionem; & ob id captatoria dicitur, quaſi deceptoria, vt plures referendo tradit Dec. in l. captatorias. nu. 10. C. de teſtam. milit. Pariſ. conſ. 38. nu. 44. lib. 3. At in noſtris terminis non ante agitur de tertio inſtituẽdo ex voluntate rogantis, quin prius eiuſdem bona ad hæredem rogatum perueniſſent. ergo &c.

9 Cõſtat igitur fideicõmiſſum, de quo ſupra, improbari ex ratione d. l. 1. C. de ſacroſ. eccl. iuncto decreto veterum. d. l. illa inſtitutio. Ceterum ſuadente regula. l. in teſtamentis. ff. de regulis iuris. putauit Senatus d. fideicommiſſũ interpretatione iuuandum; ita vt videretur teſtator per hoc rogaſſe hæredem, vt hæreditatẽ ſuam alicui nominato reſtituat, id eſt, quidquid ex hæreditate ſua conſecutus eſt. vt inquit Vlp. in d. l. ex facto.

10 In quo duo egit S. conſultum. Primum, vt illa verba, *ut quis hæredem faciat*, vertantur in obliqua, quaſi rogatus hæreditatem reſtituere. Secundum, vt vltra quam quod prædicta diſpoſitio directa vertatur in fideicommiſſã; inſuper Senatus ſeparauit hæreditates teſtatoris, & hæredis, interpretatus tale fideicommiſſum intelligi de hæreditate teſtatoris rogantis, ſeu fideicommittentis, vt oſtendit I. c. in d. l. ex facto. ibi: *quidquid ex hæreditate ſua*. vbi notauit gloſſ. verb. ſuo. & in noſtro §. vt quis hæredem. agnoſcit etiam Coſta. & quos ipſe refert vbi ſupra. nu. 100. & eſt vbique vulgare, & receptum.

11 Addiderim Senatum in prædicta interpretatione ductum fuiſſe ex præſumpta mente teſtatoris, vt colligitur ex d. l. ex facto, ibi: *Verum uideri per hoc rogaſſe, ut hæreditatem ſuam ei reſtituat, id eſt quicquid ex hæreditate ſua conſecutus eſt, ut ei reſtitueret*. &c. ac propterea reſtrinxit onus reſtitutionis intra ſubſtantiam rogantis. quia cum grauamen in dubio videretur iniunctum vniuerſis bonis, etiam hæredis propter vim verborum, *ut faciat hæredem*, vt ſubtiliter innuit Cuman. in d. l. ex facto. n. 3. putauit Senatus (ne offenderetur iuris regula, quæ dictat, neminem in plus grauari, quam honoretur) intelligendum fore de bonis rogantis.

12 Deinde aduerte, hanc Senatus interpretationem etiam locum ſortiri, quando quis rogat hæredem, ne teſtamentum faciat: quaſi certo modo rogare videatur, vt faciat hæredem. Nam qui ſciens & prudens ab inteſtato decedit, ſine dubio legitimos hæredes vocare cenſetur, quaſi ſcriptos. vt elegãter docet I. c. in l. conficiuntur. 8. ff. de iure codicil. Vnde ẽt ab inteſtato hanc Senatus interpretationem vigere, pronunciauit Imp. in l. qui filium. 74.

Digitized by Google

ff. ad S.c. Trebell. vt patet ibi. *quaſi per hoc, quod prohibuiſſet eam teſtari, petiſſet, ut fratrem ſuum hæredem faceret: ſic enim accipiendam eam ſcripturam, ac ſi hæreditatem ſuam rogaſſet eam reſtituere*. & ita ex hoc tex. aliud agens notauit Coſta. in cap. ſi pater. 3. parte. verb. interdum. nu. 104. verſ. & habet. de teſtam. in 6. Vnde quæ circa interpretationem d. l. ex facto. dicēda ſunt, cenſeantur repetita in ſpecie d. l. qui filium.

13 Denique aduerte, vulgarem eſſe iuris regulam, qua quis tenetur ad implementum oneris, ſecundum latitudinem honoris. l. ab eo. C. de fideicom. & præcipue hæredem, propter fictam identitatem perſonarum. l. unum ex familia. 67. §. ſi rem. ff. de legatis 2. iuncta Auth. de iureiurādo à mor. in princip. collatione 5. & innuit I.c. in noſtro §. vt quis hęredem. ibi: *ſecundum uulgarem formam iuris*. Gomez. 1. tomo. cap. 12. nu. 14. Couar. in cap. filius noſter. nu. 3. de teſtam. Peregr. de fideicom. art. 4. nu. 48. & art. 33. nu. 5.

14 Quibus præhabitis, iam infertur verus intellectus ad noſtrum §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo. vbi ſuppoſita interpretatione S. c. de qua in princip. eiuſdem §. quærit I.c. an in eandem interpretationem incidat caſus, quem proponit in d. verſ. quid ergo. ſcilicet, quid dicendum ſit, quando hæres non grauatur, vt hæredem faciat, ſed vt hæreditatis ſuæ, id eſt, ipſius hæredis partem reſtituat? Ratio dubitādi, quam I. c. inſinuare videtur, deducitur ex initio noſtri §. vt quis hæredem. dum meminit S.c. quo grauamen, vt quis faciat hæredē, vertitur in fideicommiſſum de reſtituenda hæreditate rogantis; quaſi ita argumentetur iuris prudens. Cum præfatum S. conſultum duo effecerit, ſcilicet verſionem diſpoſitionis in obliquam, & quod obliqua impleretur ex hæreditate rogantis; quāuis in propoſito caſu quoad primum effectum nō haberet locum S.c. quia nimirum teſtator non rogauerat hæredem, vt alium hæredem faceret; ſed potius ab initio ſimplex fideicommiſſum iniunxerat, vt patet ex d. verſ. quid ergo. ibi. *rogatus fuerit hæreditatis ſua partem quartam reſtituere*. &c. nihilominus videbatur inducendum fore S.c. quoad ſecundum effectum, videlicet, quoad reſtringendum grauamen ad hæreditatem rogantis, vt quarta portio hæreditatis, quam hæres rogatur reſtituere, non ex hæreditate hæredis cenſeretur ſoluenda, ſed ex hæreditate rogantis, quaſi adhuc operaretur S.c. iuxta d. l. ex facto. & ita ſecurè opinatur Coſta. d. verb. interdū. nu. 100. verſ. mihi videtur. quando hæres rogatur de vniuerſa ſua hæreditate reſtituenda, quaſi intelligatur de hæreditate teſtatoris.

Verum quamuis hæc eſſet dubitandi ratio, ob quā Marcianus hic appoſuit præfatā quæſtionem; contrarium nihilominus decidit, putat enim in hanc ſpeciem non eſſe neceſſario extendendam S.c. interpretationem, ad effectum, vt hæres rogatus non ſuæ, ſed teſtatoris hæreditatis quartam partem reſtitueret. Quin immo oſtendit id procedere ſecundum vulgarem iuris regulam, quæ dictat, hæredem, vel quēuis honoratum poſſe grauari ad modum collati honoris in rebus, et hęreditate propria. vt latiſſime comprobat Peregr. de fideicom. art. 33. nu. 47.

15 Et quod hæc fuerit Marciani mens, tripliciter comprobo ex eodē noſtro tex. Primo, ibi. *uerius eſſe exiſtimo ualere fideicommiſſum*. nam in principio dixerat I. c. fideicommiſſum, vt quis faciat hæredem, attenta iuris ſeueritate non valere, niſi Senatus mentem fideicommittentis interpretatione iuuaſſet. At in verſ. quid ergo. ſimpliciter inquit, fideicommiſſum, de quo ibidem, ſemper valuiſſe. ergo &c. Nec in hoc adduceret Scæuolæ, & Papirij Frontonis authoritatem, ſi vulgaris Senatus interpretatio inducenda foret.

Deinde probatur ex illis verbis, ibi. *& eatenus reſtituenda eſt, quatenus hæreditas teſtatoris patitur*. ſecundū quæ conſtat aperte onus implendum fore non ex teſtatoris, ſed ex hęredis potius hæreditate: alioquin non aſſereret hæreditatem eſſe reſtituēdam eatenus, quatenus patitur teſtatoris hæreditas; ſed potius hæreditatem teſtatoris, ſeu ipſius aliquotam partem eſſe reſtituendam; cum eadem ſit ratio de parte, quæ de tota hæreditate, ſecundum regulā vulgarem l. quæ de tota. ff. de rei uendic. & l. qui ſcit. ff. de vſuris. cum alijs. & tamen Senatus fideicommiſſum totius hæreditatis interpretatur de hæreditate rogantis. ergo dum I.c. hic contrarium decidit in parte hæreditatis, manifeſte docere videtur non eſſe inducendam Senatus interpretationem propter diuerſitatem terminorum. Nec hoc fundamentum eneruat conſideratio Eman. à Coſta vbi ſupra nu. 103. verſ. ſic etiam. dum facit differentiam inter grauamen partis, vel totius hæreditatis, quaſi in hoc procedat interpretatio Senatus; in illo verò, non ita. reijciendum etenim eſt hoc diſcrimen, vt inferius in prima illatione oſtendetur.

16 Tandem cōfirmatur ex vltimis verbis, ibi: *ſecundum uulgarem formam iuris*. (hæc etenim verba noſtro verſ. quid ergo. ſubnecti debere iā ſupra in initio ex Ant. Auguſtino tetigimus. & Florentina editio ſuadet) quæ iuris forma ſtatuit poſſe quem grauari ab eo, à quo honoratur. vt ſuperius comprobauimus. Dum igitur I. c. decidit quæſtionem noſtri verſ. quid ergo. ſecundum vulgarem iuris formam, manifeſtiſſi-

niſeſtiſſime repellit Senatus interpretationē.

17 Et ſecundum hanc explicationem ad noſtrum verſ. quid ergo. interpretor Vlp. in d. l. ex facto. verſ. Iulianus quoque. ff. ad. S.c. Trebel. ibi. *Iulianus quoque lib. 40. Digeſtorum, fideicommiſſum tale valere ait, fidei tuæ committo, vt hæreditatem Titij reſtituas, cum eſſet is, qui rogatur, à Titio hæres inſtitutus*; vt ſcilicet procedat, non ſecundum neceſſariam Senatus interpretationem, ſed potius ſecundum vulgares regulas, quæ plenam diſponendi facultatem teſtatoribus largiuntur, de ijs, quæ ad ſuos hæredes pertinent. l. vnum ex familia. §. ſi rem. ff. de legatis 2. Aliter enim ſi ſecundum S.conſultum ille caſus decidendus foret; vel aſſereret I.c. vires aſſumere tale fideicommiſſum ex Senatus interpretatione, ſicut aſſeruit in verſ. ſi quis caueret. infra. in eadem l. ex facto. vel diceret, hęredem rogatum non teneri ad hæreditatem Titij reſtituendam, ſed ad hæreditatem ipſius rogantis, quorum neutrum dixit I.c. Immo iuxta ſupradicta ad noſtrum verſ. quid ergo. ſentit fideicommiſſum valere in ipſa hæreditate Titij, non vero rogantis. quam expoſitionem amplius ſuadet l. cum pater. 77. §. Titio. ff. de legatis 2. vbi in fortioribus terminis idem fideicommiſſum iure ordinario valet.

Nec huic interpretationi aduerſatur dictio *quoque*, in d. verſ. Iulianus. quæ eundem caſum videtur ſubiungere præcedenti, vbi de neceſſaria Senatus interpretatione verba fecerat Vlp. ergo ex eadem decidendus videbatur caſus d. verſ. Iulianus. propter vim copulatiuæ dictionis. Etenim ſatisfit, ſi aduertas, quæſtionem d. verſ. Iulianus quoque, non in eo cõiungi pręcedenti interpretationi Senatus, qui verba directa vertebat in obliqua, quaſi idem ibi exigeretur; nam iã à principio onus erat oblique iniunctum, vt patet: ſed potius coniungi in eo, quod ſicut ex interpretatione Senatus prius fideicommiſſum valuit verſo directo onere in obliquum; ita fideicommiſſum, de quo in d. verſ. Iulianus quoque, valet, cum iam ex diſpoſitione natiua (vt ita loquar) teſtatoris, grauamen oblique eſſet impoſitum; atque ita vterque caſus coniungitur in modo deciſionis, nõ verò in modo decidendi; idque tantum euincit vis præfatæ dictionis copulatiuæ.

Ex quibus altius repetitis primò infertur, vt locum obtineat interpretatio Senatus, de qua in d. l. ex facto. requiri neceſſario, vt fideicommiſſum concipiatur ſub illa forma; *vt quis aliũ hæredem faciat*. vel. *vt alij leget, fideicommiſſum relinquat, vel libertatem leget*. vt ſubiungit Vlp. in d. l. ex facto. §. ſi quis caueret. Nam in omnibus his ſpeciebus ſententia decreti veterum ſuccedebat, de quo I. c. in l. Illa inſtitutio. 32. ff. de hæred. inſtit. quatenus hęres non libere, vt requiritur iuxta l. 1. C. de ſacroſ. eccel. ſed neceſſitate cauſatiua de ſuis bonis, hęreditateve diſponebat; atque ita diſpoſitio ſupremi iudicij potius ex arbitrio rogantis, quam hæredis rogati pendere videbatur. Ob idque hanc iuris ſeueritatem interpretatione temperauit Senatus, de quo Vlp. in d. l. ex facto. & Marcianus in noſtro §. vt quis hæredem.

20 Suppoſito igitur, quod inutilitas prædicti fideicommiſſi naſcebatur ex onere directe per hæredem implendo: & hæc improbata rogandi forma tam concipiatur, quando hæres rogatur, vt faciat ſibi certum hæredem vniuerſalem, quam cum grauatur, vt faciat hæredem in quota hæreditatis parte. vt ſatis euincit Vlp. in d. l. ex facto. §. ſiquis caueret. vbi grauamen circa particulares diſpoſitiones verſatur. Euincit etiam identitas rationis ortę ex libertate ſupremi iudicij, quod ſimpliciter, ac libere tribui debet teſtatori. Sequitur, quod ſicut vtrobique parilitas datur inualidationis, vtrobique etiam induci debet Senatus interpretatio, eo maxime, quia poteſt euenire, vt ille, qui propter dicti oneris implemētum in parte hæreditatis fit hæres, totam conſequatur: videlicet, ſi cohæres non detur. iuxta l. ius noſtrum. 7. ff. de regulis iuris: vel datus repudiet. l. vnica. §. his ita. verſ. in his. C. de caduc. tollēd. vel aliter non valeat cohæredis datio, vt in terminis l. iubemus. 29. verſ. quod ſi non. C. de teſtam. & ita ille, qui in parte hæres ſcribi rogabatur, totum conſequatur, contra diſpoſitionem Senatus.

21 Hinc iam venit reijcienda differentia, quã tradit relatus Coſta. in cap. ſi pater. 3. parte. verb. interdum. n. 103. verſ. ſic etiam. dum diſtinguit inter grauamen partis, & grauamen totius hæreditatis. mouetur ſubtiliſſimus Doctor per tex. in l. cohæredi. 41. §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. ff. de vulg. & pupill. & in l. Imperator. 70. §. cum quidam. ff. de legatis 2. & tandem ex noſtro §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo.

Verũ non me turbãt allata iura: nam quod attinet ad noſtrum §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo. iam ſupra contra Coſtæ ſententiam enucleauimus. Dictus verò §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. infra aptiori loco explicabitur.

22 Nec tandem pro Coſta pugnat, tantum abeſt, quod expugnet d. §. cum quidam. vbi ita ſcribit Papinan. lib. 20. quæſt. *Cum quidam filio ſuo ex parte hærede inſtituto, patruum eius cohærem ei dediſſet, & ab eo petyſſet, vt filium ſuum pro virili portione filijs cohæredem faceret: ſiquidem minus eſſet in virili portione, quam fratris hęreditas habuit, nihil amplius peti poſſe: quod ſi plus, etiam fructuum, quos patruus percepit, vel*

cum percipere potuerit, dolo non cepit, habendam eſſe rationem, reſponſum eſt. Ex quibus videtur Papin. non dubitare de validitate fideicommiſſi, *vt quis faciat heredem in parte hæreditatis*: cum alias Vlp. in d. l. ex facto. in princip. & in §. ſi quis caueret. & ratio qua ipſe ducitur, de qua ſupra egimus, ſuadeat non valere, niſi ſuggerente Senatus interpretatione. vnde Coſta, loco nuper citato. uerſ. non obſtat. dicebat Vlp. loqui in grauamine totius hæreditatis in d. l. ex facto. At Papin. in d. §. cum quidam. in grauamine quotæ hæreditatis.

Ceterum cum ego contrarium defendam, tum propter d. l. ex facto. § ſi. quis caueret. vt ſuperius notauimus. tum etiam ob parita-
23 tem rationis vtrobique vigentis: ex iam ſupra dictis occurro, S. conſultum, de quo in d. l. ex facto. & in noſtro §. ut quis heredem. duo induxiſſe, utrumque præſumptiue. Primum tamen ex ſola neceſſitate ciuili, cui conformari teſtatorem coniectatur Senatus, iuxta regulam l. ſi duo. & quæ ibi notant Doctores. ff. de acquir. hered. Secundum ex ueroſimili tantum mente teſtatoris, quæ uerſatur in executione facienda, an .ſ. reſtitutio ex bonis hæredis, uel teſtatoris fieri debeat.

Quod attinet ad primum, cum ſecundum iuris regulas non potuiſſet quis grauari, ut ſibi aliquem faceret heredem, iuxta ſupradicta, neceſſe fuit ad ſuſtinendum aliqualiter appoſitum grauamen, ut Senatus illud uerteret in fideicommiſſum reſtituendæ hereditatis: & cum id effeciſſet compellente auctoritate iuris, ſemper & indiſtincte grauamen ſub prædicta forma conceptum, ut quis ſibi heredem faciat, ſiue in tota, ſiue in parte hereditatis, debet uerti in fideicommiſſum oblique implendum ad ſui ualiditatem.

At ſecundum, licet quoad hoc ne hæres oneretur in plus quam honoratur, procedat etiam ex neceſſitate ciuili, & iuxta iuris regulas, de quibus ſupra egimus (in dubio enim grauamen de ſibi faciendo heredem, uidebatur complecti bona tam heredis, quam teſtatoris, ut ſupra quoque notauimus): nihilominus tamen quoad reſtitutionem faciendam, an ex bonis teſtatoris, uel hæredis celebranda ſit, pendet ex ſimplici uoluntate rogantis: unde ſi teſtator ita ſcripſerit: *rogo, vel fidei tuæ committo, vt facias tibi hæredem omnino in hæreditate tua, vel in aliqua eiuſdem parte*. in primis inducta interpretatione Senatus, per quam neceſſario tale fideicommiſſum directe impoſitum traducitur in obliquum implementum, alias non ualiturum, ut ſupra oſtendimus. & inſimul reſtricto grauamine ad concurrentem quantitatem ſecundum præfatam iuris regulam, tunc quoad executionem prædicti grauaminis, reſtitutio facienda eſt omnino ex hæreditate, & bonis heredis, non uerò teſtatoris, cum in hoc non offendantur iuris regulæ, néc lędatur Senatus intentio, qui in dubio tantum ad bona defuncti in indiuiduo fideicommiſſum reſtrinxit.

24 Quibus præcognitis, iam apparet uerus intellectus prædicti §. cum quidam. nam teſtator ibidem uolebat, ut frater (quem filio ſuo cohæredem fecerat) eundem filium teſtatoris cohæredem faceret filijs ſuis pro uirili. In qua diſpoſitione mens defuncti erat, vt & frater faceret heredem filium; & inſuper in bonis proprijs: ſi quidem iungendus erat in ſucceſſione pro uirili filijs rogati. conſtat autem rogati filios ad paterna bona admittendos, & in ijsdem cohæredem habituros fratrem patruelem. ergo &c.

Quod fideicommiſſum de faciendo ſibi herede in bonis proprijs Senatus inprimis uertit in onus oblique implendum (ex neceſſitate ciuili, ut ſupra oſtendimus): ut patet ex d. §. cum quidam: ibi. *nihil amplius peti poſſe*. &c. ex quibus uerbis liquet, onus fideicommiſſi directe implendi uerſum eſſe in obliquum, ſuppoſita Senatus interpretatione, de qua principaliter non agebatur; idq; ex eo comprobo, quia ſi filius teſtatoris propter uim fideicommiſſi inſtitueretur à patruo in aliqua ipſius hereditatis parte, diceret Pap. ab eo adiri poſſe hereditatem, non uerò peti: quia hæreditas iure directo data, non petitur, ſed aditur, & ſtatim dominium rerum hæreditariarum traducitur: l. cum heredes. ff. de acq. poſſeſs. at fideicommiſſum hæreditatis petitur (ut ſcilicet dominium transferatur, ut innuit Vlp. in l. mulier. 22. §. ſi heres. ff. ad S. c. Trebel.) non uerò aditur. ergo dum Papin. in d. §. cum quidam. inquit peti poſſe; ſupponit diſpoſitionem ex interpretatione Senatus obliquatam.

Deinde, quia conſtabat iuxta ſupradicta, teſtatorem uoluiſſe, ut ipſius filius ſuccederet in aliqua parte hæreditatis grauati, facta fuit diuiſio, & utrinque parilitas bonorum teſtatoris, & grauati, ſecundum concurrentem quantitatem, cum grauamine uirilis portionis in qua filius teſtatoris ſuccedere debebat, ut patet ibi: *ſi quidem mixus eſſet in virili portione, quam fratris hæreditas habuit*: &c. & ibi: *quod ſi plus etiam fructuum, quos patruus percepit, vel cum percipere potuerit, dolo non cepit, habendam eſſe rationem*. & hoc bonorum concurſu utrinque facto merito inquit I. c. diſpoſitionem in obliquam iam uerſam (ut ſupponebat) adimplendam fore ex bonis heredis grauati intra uires patrimonij teſtatoris. ut apparet ex toto contextu d. §. cum quidam.

Hoc

25 Hoc autem quod I. c. decidit in d. §. cum
quidam. circa partem hęreditatis grauati,
amplia ęqua ratione procedere in uniuerſa hę
reditate, quę hęredis foret; facta ſcilicet utrin-
que bonorum parilitate, & compenſatione,
ſi de rogantis mente conſtitiſſet.

Si uerò in d. §. cum quidam. non conſtitiſ-
ſet de uoluntate teſtatoris, ex quibus bonis fa-
cienda foret reſtitutio, ſiue in tota, ſiue in
parte hęreditatis, ſemper in dubio intellige-
retur de hęreditate teſtatoris, iuxta deciſio-
nem tex. in d. l. ex facto. in princip. ff. ad. S. c.
Trebel. ut ſupra comprobauimus.

Prętere a principaliter infertur, noſtrum §.
ut quis hęredem. uerſ. quid ergo. explicatum,
ut procedat ſecundùm uulgares iuris regulas;
abſque ulla Senatus interpretatione; am-
26 pliandum † fore, etiam quando hęres, uel
quilibet alius honoratus non tantum de par-
te, ſed de tota hęreditate ipſius hęredis reſti-
tuenda rogatur: uidelicet, intra uires recepti
à teſtatore rogante, ut tenuit communis Do-
ctorum torrens, Iacob. de Arenis. Oldrad.
Florian. Alber. Bald. Cuman. Imola. Pau-
lus, in d. §. ut quis hęredem. & plures, quos
refert Coſta, in cap. ſi pater. 3. parte. uerb.
interdum. n. 101. uerſ. at enim. quidquid ip-
ſe contra ſentiat d. n. 101. uerſ. ego nihilo-
minus. & n. 103. in fine princip. cuius funda
menta ex dictis, & dicendis diluuntur.

Nec tandem pro Coſta nuperrime citato
quoad propoſitum diſtinguente inter graua-
men partis, uel totius hęreditatis, facit tex.
in l. cohęredi. 41. §. cum filię. uerſ. quod ſi
27 hęredem. ff. de uulgari. ubi Papin. lib. 6. re-
ſponſorum, ita ſcribit: *Quod ſi hæredem fi-
lium pater rogauerit, ſi impubes diem ſuum obie-
rit, Titio hæreditatem ſuam reſtituere, legiti-
mum hæredem filij ſalua Falcidia cogendum patris
hæreditatem, vt ab impubere fideicommiſſo poſt
mortem eiuſdato, reſtituere placuit.* &c. Ex cu-
ius ſerie primo intuitu uidebatur aſſerendum,
hęreditatem pupilli ueniſſe in grauamen fidei
commiſſi; ut eleganter probat Coſta ubi ſu-
pra. d. n. 103. uerſ. ſic etiam: & tamen non
hęreditatem pupilli, ſed teſtatoris in reſtitu-
tionem uenire docet I. c. ibi: *patris hęreditatem.*
ergo differentia conſtituenda uidetur inter
grauamen reſtituendę partis, uel totius hęre-
ditatis; ut uolebat relatus Coſta contra am-
pliationem, quam ſupra poſuimus: nititur
enim ipſe probare, quando rogatur hęres,
non quidem hęredem facere (in hoc enim ca-
ſu ambo conuenimus) ſed hęreditatem reſti-
tuere uniuerſam ipſius hęredis, induci etiam
debere Senatus interpretationem.

Verum enim uerò, quod attinet ad Coſtę
intentum, tex. quem adducit, in d. uerſ. quod
ſi hęredem. nihil omnino facit: non enim re-
ſpicit interpretationem Senatus, cuius memi
nit Vlp. in d. l. ex facto. ff. ad S. c. Trebell. nam
Papin. rationem decidendi d. uerſ. quod ſi hę-
redem. non retulit ad Senatus interpretatio-
nem, ſed potius ad commune I. conſultorum
28 placitum, † ut patet ibi: *patris hæreditatem
reſtituere placuit*, &c. ſicut aliàs notatur ad l.
placet. ff. de lib. & poſth. aduertit Duarenus
ad tit. ff. de uulgari. cap. de effectu uulgaris
ſubſtit. pag. 11. & quod nequaquam iuuet
Coſtę ſententiam, ulterius apparebit ex uerò
intellectu eiuſdem uerſ. quod ſi hęredem.

Pro quo aduertendum eſt, patrem ultra
quam quod poſſit pro filio impubere in pote-
ſtate teſtamentum facere, l. 2. ff. de uulgari.
princip. Inſt. de pupillari. ex eadem etiam ra
29 tione poſſe † legitimos hęredes filij intra pu-
bertatē ab inteſtato decedētis grauare onere
fideicommiſſi ad reſtitutionem etiam totius
hęreditatis, quę ad illos perueniſſet, ut expri-
mit Saluius Iulianus in l. ſi Titio. §. ult. aliàs
l. ſi fundum perfideicom. 92. §. ult. ff. de le-
gatis 1. iuncta Vlp. & eiuſdem Iuliani decla-
ratione in duabus legibus ſequentibus. & Pa-
pin. in l. in ratione. 11. §. ult. ff. ad leg. Falc.
de iure tradit Coſta. in cap. ſi pater. 2. parte.
uerb. debitę, n. 15. de teſtam. in. 6. Peregri-
nus de fideicommiſſ. art. 12. n. 30. cum ſeq.
tradit Ord. Luſitan. lib. 4. tit. 87. §. 10.

30 Quod intellige quando pater legitimos hę-
redes filij pupilli rogat nomine ipſius pupilli:
pro quo ſi teſtamentum conderet, eiſdem
in ſolidum poterat hęreditatis pupillaris legi-
timam delationem impedire, argumento l.
1. §. ſciendum. ff. de legatis 3. alioquin ſi
non pupilli, ſed proprio ipſius patris teſtato-
ris nomine fideicommiſſum fuiſſet impoſi-
tum, tunc in reſtitutione fideicommiſſarię
hęreditatis ſola paternę hęreditatis quantitas
ſpectatur, ut aliàs eleganter innuit Vlp. in l. ſi
adrogator. 22. uerſ. cęterum. ff. de adopt. ubi
manifeſte diſtinguit inter caſus, quo pater no
mine pupilli diſponit, v. g. teſtando pro illo.
& quo patris tantum nomine onus iniungi-
tur; nam in illo ſemper plus continetur, quam
in hoc. Quam differentiam I. c. denotauit
per uerba, quibus ipſius impuberis fideicom-
miſſum imponitur, ut uidere licet in d. uerſ.
cęterum. ibi: *fidei eius committat*. &c. & in d.
§. cum filię. uerſ. quod ſi hęredem. ibi: *vt ab
impubere fideicommiſſo poſt mortem eius dato*
&c. Ratio manifeſta eſt: nam quando grauo,
uel diſpono nomine pupilli filij mei, nihil mi
rum, quod de uniuerſis eiuſdem bonis poſſim
diſponere, cum ipſe impubes iuris cenſura in-
telligatur diſponere, ut inquit Cęſar, in §. igi-
tur. Inſt. de pupill. ibi: *tanquam ſi ipſe filius*

ſibi

ſibi hæredem inſtituiſſet. comprobat Coſta, d.
uerbo. debitę. nu. 15. uerſ. denique. At no-
mine proprio grauans, in tantum cogit, in
quantum relinquit, ſecundum uulgares iuris
regulas, de quibus ſupra.

Aduerte rurſus, quod licet, quando teſta-
tor fideicommiſſum imponit pupillo poſt il-
lius mortem implendum, uideatur eius hęre-
des grauare, ſicut quando ſtatim à principio
eorundem fidei committit. argumento tex.
in l. in ratione. 11. §. quęſitum. uerſ. dixit. ff.
ad legem Falcid. & l. unicę. C. ut actiones ab
hæredib. per quam ita tenet Bald. in l. precib.
n. 46. verſ. item plus dico. C. de impuber.
nihilominus tamen inter vtrumque mo-
dum maxima eſt conſtituenda differentia
31 † circa effectualē reſtitutionem fideicommiſ-
ſi: Nam quando impubes grauatur, obliga-
tio, qua hæredes tenentur ex ui fideicommiſ-
ſi, iam ad illos tranſit omnino reſtricta ad id,
quod ex bonis teſtatoris receptum eſt, cum
onus à pupillo deſcendat, cui fuit iniunctum.
Quando uerò legitimi hæredes impuberis
principaliter grauantur, indiſtincte, ac in ſo-
lidum tenentur adimplere, quaſi (vt ſupra
diximus) ab ipſo pupillo rogati, a quo hęredes
ſcripti videbantur, iuxta tex. in l. conficiun-
tur. 8. ff. de iure codicil. comprobat Coſta, d.
2. parte. uerb. debitæ. à. n. 16. Niſi adhuc in
hoc ultimo caſu conſtitiſſet, onus non eſſe im
poſitum tanquam hæredibus pupilli, ſed tan-
quam hęredibus hęredis, & conſequenter no
mine teſtatoris: nam hoc caſu hæres hæredis
tenebitur, ſicut teneretur ille, a quo cauſam
habet, quod & benigne receptum eſt. l. ſi fue
rit. 5. verſ. vlt. ff. de legatis 3. Peregrin. de
fideicom. art. 12. nu. 5. & faciunt quæ tra-
dit Cuman. in l. ſed & ſi ſic. §. ſic autem. verſ.
forte ergo. ff. de legatis 3. Fulgoſius in l. cum
quidam. n. 3. & 4. C. de legatis. Coſta in cap.
ſi pater. 2. parte. uerb. debitæ. n. 17. de te-
ſtam. in 6. Dixi, non tanquam hęredibus pu-
pilli onus eſſe iniunctum, quia ſi tanquam hę-
redes pupilli onerarentur, grauamen tunc
non à teſtatore, ſed à pupillo iuris cenſura in-
telligeretur impoſitum, iuxta ſupradicta; vn-
de etiam naſcebatur, illos poſſe rogari de om
nibus reſtituendis, quæ ab impubere ad eoſ-
dem peruenire.

Quibus præmiſſis, iam patet intellectus ad
d. §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. † nam
32 ſuppoſito, quod pater filium impuberem in-
tra pubertatem decedentem rogare poſſit,
ſicut & poteſt eius legitimos hæredes: princi-
palis dubitatio huius uerſ. ea erat, an quem-
admodum pater rogare poterat legitimos pu
pilli hęredes de reſtituenda hęreditate pupil-
lari, in qua bona etiam paterna inuolueban-
bantur iuxta ſupradicta: potuiſſet eodem mo
do rogare filium impuberem ad eandem pro.
priam hęreditatem reſtituendam, quę etiam
hęreditatem patris amplectebatur? & vide-
batur affirmatiue reſpondendum, quia quod
poſſum ab hęrede tuo relinquere, à fortiori
poſſum & à te, cum difficilius ſuſtineatur onus
in hęrede hęredis, adeo ut ualere benigne re-
ceptum eſſe dicat I. c. in d. l. ſi fuerit. uerſ. vlt.
ff. de legatis 3. atqui poſſum rogare hęredem
impuberis ad reſtituendam eius uniuerſam hę
reditatem, ut ſupra oſtedimus, ergo & eun-
dem pupillum rogare poſſe uidebar ad inte-
gram ipſius hæreditatis reſtitutionem, eo
maxime, quia vt ſupra etiam aduertimus, in
tali grauamine eiuſdem pupilli hęredes effe-
ctu ipſo cenſentur obſtricti.

Verum licet hæc fuerit, & non inepta
dubitandi ratio, nihilominus contrarium pla
cuit, nimirum, non teneri ad reſtitutionem
uniuerſæ hæreditatis; tametſi enim pater poſ
ſit legitimos impuberis hæredes rogare quo-
modocunque uelit, id intelligitur, quando
nomine pupilli rogantur: ſecus eueniet, quan
do rogantur nomine patris teſtatoris, ut præ-
diximus; quod tunc expreſſim apparet, quan
do grauamen iniungitur ipſi impuberi poſt
mortem ſcilicet implendum: nam in his ter-
minis patris teſtatoris nomine legitimi hęre-
des pupilli tenentur: ne aliàs cogamur dice-
re, nomine pupilli (hoc eſt ab ipſo pupillo ex
iuris cenſura) ipſi pupillo onus eſſe impoſi-
tum, quod implicat contradictionem: vnde
cum in hac ſpecie teſtatoris nomine hęredes
pupilli rogentur, in tantum ualebit onus,
quantum honoris confertur, iuxta uulgares
regulas, de quibus ſupra.

Et quod hęc fuerit decidendi ratio, aper-
tiſſime oſtendit Papin. in d. uerſ. quod ſi hę-
redem. ibi: *cogendum patris hæreditatem, vt ab
impubere fideicommiſſo poſt mortem eius dato,
reſtituere placuit* &c. Ex quibus uerbis demon-
ſtratur, totam deciſionis uim conſtituiſſe Pa-
pin. in eo, quod fideicommiſſum eſſet iniun-
ctum impuberi, ac per conſequens eius hęre-
des tenerentur nomine patris.

Nec pro dubitandi ratione contra deciſio-
33 nem Pap. adducta d. l. ſi fuerit. uerſ. vlt. † ali-
quid euincit: nam argumentum deductum a
fortiori propter benignitatem, de qua ibidē,
tunc procedit, quando hæres, & hæredis hę-
res, pariformiter rogantur. eleganter Coſta
in cap. ſi pater. 2. parte. uerb. debitæ. n. 17.
quod non ita euenit in præſenti, vbi pupillus
nomine patris: at hæredes pupilli nomine
eiuſdem pupilli rogantur; & ita diuerſo re-
ſpectu: quando ſcilicet agimus de reſtituenda
uniuerſa pupilli hæreditate: nam ſi pater in-

tendat

tendat tantum rogare ſuper bonis proprijs, vel pupilli, ſecundum concurrentem quantitatem eius, quod reſtituendum eſt, cum recepto; tunc æqualiter, vel etiam à fortiori valebit onus tam in perſona pupilli, quam in hæredum eius, iuxta ſuprapoſitam argumentationem.

Ex quibus ad oculum oſtenditur propterea reſtrinxiſſe Papin. in d. verſ. quod ſi hæredem. fideicommiſſum ad hęreditatem duntaxat patris, quia ſcilicet non poterat pater amplius onerare, quam honoraſſet, iuxta ſupradicta. non verò, quod ibidem locus eſſet interpretationi Senatus, de qua Vlp. in d. l. ex facto. ff. ad S. c. Trebell.

34 Cur autem in d. verſ. quod ſi hæredem. fideicommiſſum non ſuſtineatur in hæreditate pupilli ſecundum concurrentem quantitatẽ, cum conſtet, pupillum fuiſſe rogatum de propria hæreditate reſtituenda: immo aperte Papin. dicat, legitimum pupilli hæredem, ſolum patris hæreditatem reſtituturum, nihilque attingendum de bonis pupilli, vt patet ibi. *nec fideicommiſſo propriæ facultates filij tenebuntur*. &c. non modicam ingerit dubitationem, cum contrarium appareat deciſum in noſtro §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo. qui licet loquatur de parte hæreditatis reſtituenda, ex identitate rationis ad fideicommiſſum totius hæreditatis ſupra extendimus.

Pro ſolutione aduertas, quod quamuis putem cum ſubtiliſſimo Coſta. in d. c. ſi pater. 3. parte. verb. interdum. nu. 106. verſ. inde infero. fideicommiſſum in d. verſ. quod ſi hęredem. iniunctum fuiſſe pupillo ſuper ipſius hæreditate: ab eo tamen diſſentio, dum ſecure exiſtimo, non intelligi de ſimplici hæreditate pupilli, ſed prout complectitur bona paterna, pater enim ſicut poterat legitimos impuberis hæredes, eiuſdem impuberis nomine, de vniuerſis eius facultatibus, iuxta ſupradicta, rogare; ita huius ſimilitudinis ſpecie deceptus, exiſtimabat ſe poſſe filium impuberem rogare de vniuerſa hæreditate reſtituenda. & cum conſtet patrem omnia pupilli bona in fideicommiſſo complecti voluiſſe; iuriſque diſpoſitio tale onus non patiatur, niſi alterutra tantùm bona, vt prædiximus, nec appareat tunc qualia pater venire voluerit in fideicommiſſum, an ſcilicet, quæ pupillus ab illo accepit, an verò bona eiuſdem pupilli ſecundum rationem bonorum paternorum. In tali dubio placuit, teſtatorem potius rogaſſe videri de propria ipſius hęreditate reſtituenda: cum in dubio procliuiores eſſe debeamus, ne grauius onus hæredi impoſitum cenſeatur, ſecundum vulgarem regulam l. vnum ex familia. 67. §. ſi rem. ff. de legatis 2. & per conſequens in ſpecie d. verſ. quod ſi hæredem. interpretatio fit ſimillima illi, quam induxit Senatus in ſæpe citata l. ex facto. ff. ad S. c. Trebell. vt ſcilicet in dubio, quando hæres rogatur hæredem ſibi facere aliquem, & conſequenter omnes facultates illi dare, hoc onere directe implendo ex voluntate teſtatoris, verſo in obliquum ex poteſtate Senatus interpretantis, adhuc hæres rogabatur vniuerſam ſuam hæreditatem (prout complectebatur etiam bona rogantis) reſtituere: nam hoc fideicommiſſum ſufficiebatur, ac ſubintrabat locum grauaminis, vt hæres aliquem ſibi hęredem faceret, quod vniuerſum ambiebat, vt innuit ſubtiliter Cumanus in d. l. ex facto. n. 3. & cum hęres ad id cogi non poſſet ſecundum iuris regulas, ex quibus non poteſt rogari vltra vires accepti; in dubio præſumit Senatus teſtatorem intellexiſſe de propria ipſius hæreditate reſtituenda.

Vnde ſi aperte conſtiterit teſtatorem (dum rogat hæredem, vt ſibi aliquem hæredem faciat) velle omnino, vt hæredis bona reſtitutioni ſubdantur, ſine dubio venire debent (poſt inductam ibidem Senatus interpretationem) eatenus, quatenus patitur hæreditas teſtatoris, & quidquid ab ea prouenit, vt latius iam ſupra probauimus ex d. l. Imperator. 70. §. cum quidam. ff. de legatis 2.

35 Inde infero, quod ſi in terminis d. verſ. quod ſi hæredem. aperte conſtitiſſet patrem velle, vt ſiquidem non poteſt vniuerſam impuberis hæreditatem, prout propriam etiam complectitur, reſtitutioni ſubijcere; ſaltem bona potius pupilli, quam eiuſdem patris veniant; tunc bona pupilli ſine dubio venire debent, ſecundum concurrentem quantitatem bonorum paternorum, vt ſupra oſtendimus ex noſtro §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo. quia filius ille impubes inſtitutus non debet in eo differre à quolibet alio hærede, qui de proprijs ita rogari, ſicut de teſtatoris bonis poteſt. d. l. vnum ex familia. §. ſi rem. ff. de legatis 2. & ibidem Bart. & communiter reliqui. & ad hunc ſenſum debet reduci, ne aliàs periclitetur doctiſſimi Peregr. ſententia, in tract. de fideicom. art. 12. n. 44.

36 Adhuc tamen angit ſcrupulus quidam relictus, quem iam ſuperius tetigimus ex noſtro §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo. vbi grauamen impoſitum hæredi de reſtituenda certa hæreditatis ſuæ parte, valet, & impletur ex hæreditate hæredis, inita ſcilicet ratione bonorum teſtatoris; & quod ibidem dicitur de parte hæreditatis, nos ſupra ex parilitate rationis ad totam hæreditatem merito protendimus. At in d. §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. non minus, quam in d. verſ. quid

ergo.

ergo. conſtabat, patrem teſtatorem voluiſſe, vt hæreditas impuberis in reſtitutionem veniret: aliter enim nulla adſcribi poterat dubitandi ratio illis verbis ibi. *nec fideicommiſſo propriæ facultates tenebuntur*. &c. ſi grauamen eſſet ſimpliciter impoſitum filio de bonis duntaxat patris reſtituendis. quod & acutiſſimus Luſitanus noſter Coſta. tenet d. verb. interdum. n. 106. verſ. inde infero. & tamen Papin. decidit, facultates impuberis nullatenus fideicommiſſo contineri, nec etiam in concurrentem quantitatem hæreditatis paternæ. Cur igitur tam varie vtrobique. facitque nonnihil contra Papin. in d. verſ. quod ſi hæredem. Papinianus ipſe, in d. l. Imperator. 70. §. cum quidam. ff. de legatis 2. dum fideicõmiſſum interpretatione Senatus validum effectum ſuſtinet in bonis hæredis rogati, vt iam ſuprs expendimus.

Ne huius obiectionis ponderi ſuccumberẽ, cogit veritas noſtræ ſententiæ, dum merito eximit deciſionem d. verſ. quod ſi hæredem. ab interpretatione Senatus, de qua I. c. in d. l. ex facto. ff. ad Trebell. vnde pro illius reſolutione aduertas, teſtatorem, in noſtro §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo. & in d. §. cum quidam. ſatis tenere, ſe non poſſe rogare hæredem, niſi ratione, & intra limites emolumenti illi collati. l. plane. 94. §. vlt. ff. de legatis 1. & ſupra paſſim notauimus. vnde fideicommiſſum alias iniunctum hæredi, vt ſibi hære-
37 dem faciat (quod in fraudem proximæ regulæ teſtatores excogitarunt, vt videlicet hæredes nimis onerari poſſint.) ad conſeruationem ſupremi iudicij Senatus vertit in onus obliquum, reſtituendæ nimirum hæreditatis, aliter non valiturum: & inſimul illæſam reliquit præfatam regulam, quæ oneri honorem parem requirit, vel interpretando grauamem de hæreditate rogantis, vel inducendo compenſationem ſecundum iuris regulas, vt ita hæreditas tota, vel pars rogati veniat in reſtitutionem fideicommiſſi, quando aperte de tali reſtituenda teſtator ſenſerit.

At pater in d. §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. cum poſſet onerare legitimos filij impuberis hæredes ad reſtitutionem vniuerſæ hęreditatis pupillaris, ſi nomine pupilli rogaſſet: poterat iure dubitare, an etiam potuerit rogare eundem pupillum de vniuerſa eiuſdem hæreditate reſtituenda, cum in effectu hæredes pupilli roget, oneretque iuxta ſupradicta: Vnde quando pater ita rogat filium, non minus conſtat velle grauare de reſtituenda ſimplici hæreditate ipſius pupilli, quam de vniuerſa, prout etiam propriam complectitur iam ad pupillum peruentam: idque propter falſam opinationem, qua inductus, putat ſe liberè poſſe diſponere de vniuerſa pupilli hæreditate: & ideo ſuppoſito, quod non valeat illud onus quoad vniuerſam hæreditatem, & conſequenter maneamus in dubio, quænam bona in illo caſu pater velit in reſtitutionem venire; viſum eſt iuri conformius, venire bona patris rogantis, vt ſupra diximus.

Ceterum quilibet alius extraneus teſtator nunquam poteſt decipi, quod aliquo caſu poſſit diſponere de vniuerſis hæredis bonis, prout etiam propriam ipſius teſtatoris hæreditatem complectuntur: vnde nihil mirum, quod leges facilius ſuſtineant fideicommiſſum de bonis hæredis, quando imponitur à teſtatore extraneo, quam cum iniungitur filio à patre: cum etiam facilius in illo caſu conſtet de voluntate teſtatoris, quam in hoc, propter d. rationem.

Et ideo fideicommiſſum in d. verſ. quid ergo. & in d. §. cum quidam. impletur ex bonis hæredis. At in d. §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. propter voluntatem, quam dubiam ius reputat ex falſa opinione, quam in patre præſumit, iuxta ſupradicta: eligitur via ordinaria, quæ & tutior eſt, & in effectu idem importat. parum enim refert, hæc, vel illa bona veniant in reſtitutionem fideicommiſſariam, ſi quando bona hæredis veniunt; fieri debet compenſatio, & contributio cum accepto à defuncto rogante, vt diximus. & ita ſubtiliter ſentit Marcianus in noſtro verſ. quid ergo. ibi. *valere fideicommiſſum, atque ſi de hæreditate ſua reſtituenda rogatus eſſet*. &c. quibus verbis oſtendit, perinde valere fideicommiſſum in hæreditate hæredis, ac in hæreditate ſua, ideſt teſtatoris; ex ratione, quam ſubiungit, eatenus enim reſtituenda eſt hæreditas rogati, quatenus patitur hæreditas rogantis. & quod prædicta verba. *atq; ſi de hæreditate ſua.* debeant intelligi de hæreditate teſtatoris, conuincitur, quia ſunt verba coniecturalia; & circa hæreditatem hæredis diſpoſitio erat clara, vt patet ex contextu, & ibidem notat gloſſ. verb. ſua. quam perperam damnat Coſta. in cap. ſi pater. 2. parte. d. verb. interdum. n. 103. verſ. ſed tamen.

38 Illud pro literali coronide noſtri §. vt quis hæredem. verſ. quod ergo. reſtat indagandũ, cur ſcilicet Marcianus, tot I. conſultorum vtatur authoritate, Scæuolæ nimirum, & Papirij Frontonis, ſi fideicommiſſum de quo ibidem, citra interpretationem Senatus de iure ordinario valere poterat? quod, contra noſtram ſupra poſitam explicationem opponi poteſt.

Et in primis, (vt obiectionem retorqueamus) ſi tale fideicommiſſum ex interpretatione Senatus ſuſtineretur, ſuperflua quoque erat

Digitized by Google

erat prolata autoritas I. conſultorum ad validitatem illius.

Vnde Marciani merito ſupponentis fideicommiſſum valere remota Senatus interpretatione, alia mens eſt, dum præfatos Iuris prudentes adducit. Et certe dubitauit Marcianus, an (ſuppoſita iam validitate fideicommiſſi de rigore iuris) reſtitutio facienda eſſet de hæreditate tantùm rogantis, inducta ad hunc effectum Senatus interpretatione, de qua in principio egerat? Cui dubitationi negatiue reſpondet, quaſi ibi non eſſet neceſſaria præfata Senatus interpretatio, cum poſſit de plano procedere voluntas teſtatoris, qui voluit reſtitutionem fieri ex hæreditate hæredis rogati; vt ſcilicet eatenus fiat, quatenus patitur rogantis hæreditas. Et ne hæc Marciani reſolutio noua, inſolens, aut temeraria videretur propter ſpretam Senatus interpretationem, adducit in confirmationem Scæuolam, & Pap. Frontonem, ita ſentientes.

39 Ex quo conſecutiue colligitur intẽtio Marciani, dum in principio noſtri §. vt quis hæredem. meminit interpretationis Senatus, de qua Vlp. in d. l. ex facto. ff. ad S. c. Trebell. nam primo aſpectu uidebatur perperam ſubiungi verſ. quid ergo. cuius deciſio nequaquã à dicta Senatus interpretatione pendebat, vt probauimus. meminit igitur Senatus Marcianus pro ratione dubitandi ad caſum ſequentẽ in d. verſ. quid ergo. an ſcilicet interpretatio Senatus de fideicommiſſo reſtringendo ad hęreditatem teſtatoris, inducenda quoque foret ad illum caſum.

40 Vt omnia, quæ ad interpretationem noſtri §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo. ſparſim ſunt dicta, in epylogum redigamus. aduerte Senatus interptetationem, de qua Vlp. in d. l. ex facto. & Marcianus hic, locum ſortiri ſemper, & duntaxat, quando fideicommiſſum iniungitur ſub hac forma, *vt aliquem faciat hæredem*, vel ſimiliter. quo caſu dictum onus ſecundum verba teſtatoris directe implendum, Senatus interpretando voluntatem (quæ ſemper ſuſtinet actum, quo poteſt, vt notatur per tex. ibi, in l. quoties. 12. ff. de rebus dubijs. cum alijs) vertit in obliquum. Et quod omnia bona videbatur complecti, coanguſtauit ad bona rogantis. In quo ſecundo effectu nihil ſpeciale induxit, niſi quatenus contra generalem voluntatem teſtatoris, per quam etiam bona hæredis in reſtitutione contineri videbantur: ſecundum eiuſdem teſtatoris particularem voluntatem præſumptiue ſumptam; qui in dubio pronior eſt ad exonerandum hæredem. l. vnum ex familia. §. ſi rem. ff. de legatis 2. induxit, vt tale fideicommiſſum ad hæreditatẽ grauantis reſtringeretur. Senatus autem interpretatio æque procedit, quando quis rogatur hæredem ſibi facere in tota, atque cum in parte hæreditatis rogatur.

Quando verò fideicommiſſum imponitur iure ordinario, vt ſcilicet hæres non quidem rogetur, aliquem hæredem facere, ſed potius reſtituere hęreditatem, vel illius partem; tunc onus implendum eſt ſecundum voluntatem defuncti, vt ſi hæredi dicat, reſtitue hæreditatem tuam, intelligatur ſolùm de hæreditate hæredis, eatenus, quatenus patitur hæreditas teſtatoris; & textui in d. l. cohæredi. §. cum filiæ. verſ. quod ſi hæredem. ff. de vulgari. qui in ijsdem fere terminis decidit hæreditatem patris teſtatoris tantum venire, non verò filij; iam ſupra ſatisfecimus.

Idem dicendum eſt de grauamine reſtituendæ partis hæreditatis rogati. iuxta noſtrum §. vt quis hæredem. verſ. quid ergo. ſicut etiã, quando hæres rogatur de reſtituenda hæreditate alicuius tertij, in qua ipſe hæres etiam inſtitutus eſt, vt in d. l. ex facto. verſ. Iulianus. ff. ad S. c. Trebell. quæ omnia ſupra ſuis locis latiſſimè confirmauimus, & exornauimus.

Et ne aliquid amplius deſideret noſter verſ. quid ergo. illud etiam in controuerſiam voco,
41 quid ſcilicet dicendum, † quando quis rogatur, aliquem hæredem facere in bonis tantùm ipſius rogantis, an dicta Senatus interpretatio requiratur, ceſſetve?

Et ſi vera eſſet Coſtæ ſententia in cap. ſi pater. 3. parte. verb. interdum. nu. 103. verſ. ſic etiam. (quam tamen ſupra late refellimus) diſtinguentis inter grauamen, quo quis rogatus, hæredem aliquem facere in tota, vel in parte hæreditatis: vt in illo requiratur Senatus interpretatio; in hoc verò ceſſet. videbatur etiam idem concludendum in terminis propoſitæ quæſtionis, vbi inſtitutio in ſola hæreditate rogantis fieri debebat.

Ceterum in his terminis etiam procedet omnino dicta Senatus interpretatio. In primis, quia vt diximus, Senatus improbauit illud grauamen, quo quis rogatur, aliquem hæredem facere, propter vitium formæ, quia infringit libertatem alieni ſupremi iudicij, dum illa inſtitutio ex alterius arbitrio pendet, vt notauimus. Et ob id Vlp. in d. l. ex facto. in princip. & Marcianus, in noſtro §. vt quis hęredẽ. in princip. non diſtinguunt inter portionem hæreditatis, in qua onus debeat impleri; ſed tantùm indiſtincte reprobant formam grauaminis, vt ſcilicet quis hęredem faciat, ſiue referatur ad totam, ſiue ad partem hęreditatis.

Deinde etiamſi dicta Senatus interpretatio ceſſaret, quando quis rogatur aliquem hęredẽ facere in parte ſuæ hæreditatis (quod falsũ eſſe ſupra oſtendimus) adhuc in terminis propoſitæ

queſtio-

queſtionis locum haberet. idque ita deduco;
nam vel rogatus fecit illum certum hæredem
in bonis duntaxat grauantis iuxta formam
grauaminis; nullo dato cohærede vniuerſali
in bonis ipſius rogati. Vel impleuit dictum
onus, inſtituendo etiam ſibi hæredem vni-
uerſalem.

Si primo modo impleuit voluntatem te-
ſtatoris: tunc cum ſit hæres inſtitutus in re
certa (ita enim cenſentur bona illa teſtatoris,
quæ grauamini ſubduntur, argumento. l. ex
facto. 35. in princip. ff. de hæred. inſtit. l. ſi
certarum 17. ff. de teſtam. milit.) nullo dato
cohærede vniuerſali, detracta illa rei certæ
mentione manebit inſtitutus in omni hęredi-
tate rogati, iuxta tex. in l. 1. §. ſi ex fundo. ff.
de hæred. inſtit. Idemque dicendum, ſi ha-
beat quidem cohęredem in bonis tantum cer
tis rogati, iuxta l. quoties, 9. §. ſi duo. ff. de hæ-
red. inſtit. d. l. ex facto 35. Vel tandem
idem iuris erit, ſi cohæres vniuerſalis omit-
tat hæreditatem, manebit enim, ac ſi nullo
dato cohærede inſtitutus eſſet, & procedet d.
§. ſi ex fundo notat alius Salyc. in l. quoties.
C. de hæred. inſtit. vbi Doctores omnes, &
in d. §. ſi ex fundo. & eſt pluſquam vulgare.
In quibus caſibus prædicto modo inſtitutus
conſequeretur vniuerſam rogati hæredita-
tem contra S. C. de quo ſupra.

Si verò ille inſtitutus in bonis rogantis co-
hæredem habeat in hæreditate rogati, manet
loco legatarij, d. l. quoties. C. de hęred. inſtit.
ſcilicet ſi cohęres adijt, vt ibidem tex. ſuppo-
nit, dum cohæredem actionibus hęreditarijs
conueniri poſſe decernit. & ibidem exprimit
Salic. vbi reliqui, & in d. §. ſi ex fundo. Vel
manebit loco fideicommiſſarij, ſi termini
aptentur, iuxta l. pater, 38. §. ult. ff. de lega-
tis 3. iunctis quæ ibi tradit Bart. Atqui ex
eiuſdem Senatus decreto nemo poterat roga-
ri, vt legatum, uel fideicommiſſum daret, &
tale onus ad ſui ualiditatem indigebat dicta
Senatus interpretatione, l. ex facto. §. ſi quis
caueret. ff. ad S. C. Trebell. ibi. *peto, ut illi
des, aut illi fideicommiſſum relinquas*, &c. ergo
dictum onus nullatenus ſecundum iuris regu-
las procedere poteſt, omninoque incidit in Se
natus prohibitionem, & interpretationem.

Et tandem hæc ſententia probatur ex tex.
in l. milites etiam. 5. iuncta gloſſa. ff. de mi-
lit. teſtam. & ex ijs, quæ tradimus inferius,
dum militi ſpecialiter permittitur.

Erit igitur neceſſarium in terminis propo-
ſitæ quæſtionis auxilium Senatus ad mutatio-
nem duntaxat oneris in obliquum implemen
tum, ut ſcilicet uideatur rogatus de hæredita-
te reſtituenda: nam interpretatio Senatus
circa hæreditatem rogantis hic neceſſaria
non eſt, cum ab ipſo teſtatore exprimatur,
iuxta propoſitos terminos.

In materia noſtri §. ut quis hęredem. quæ-
42 ri adhuc poteſt, vtrum quis † a milite roga-
ri poſſit, vt faciat ſibi aliquem hæredem?

Et pro parte negatiua, immo quod non va-
leat tale fidei commiſſum, nec ex prærogati-
ua militari abſque interpretatione Senatus,
facit ſolidum fundamentum. Etenim deci-
ſio noſtri tex. ex l. ex facto. ff. ad S. c. Trebell.
fundatur in ratione l. 1. C. de Sacroſ. Eccleſ. &
l. illa inſtitutio. ff. de hæred. inſtit. vt ſupra
notauimus à n. 3. quia ſcilicet ſupremum iu-
dicium liberum & per ſe firmum eſſe debet,
& hoc debuit etiam obtinere attento iure gen
tium (ſecundum quod milites teſtantur, Bart.
in l. neque, ff. de milit. teſt. Vigl. in §. hære-
ditas, n. 7. Inſt. de hęred. inſtit. & in §. vlt. n.
2. Inſt. de pupill. ſubſtit. Nam ratio natura-
lis (quæ ius gentium conſtituit. §. quod vero
naturalis. Inſt. de iure naturali &c.) ſuadet
vt homines libere teſtentur, vt eleganter con-
ſtituit Cęſar in d. l. 1. C. de ſacroſ. ibi. *nihil enim
eſt, quod magis hominibus debeatur, quam vt ſu-
premæ voluntatis, poſtquam iam aliud velle non
poſſunt, liber ſit ſtylus, &c.* & conſequenter
miles rogare non poterit ſuum hæredem, vt
aliquem ſibi hęredem faciant.

43 Accedit, quia etiam in teſtamento militis
improbatur captatoria inſtitutio, l. captato-
rias. C. de teſtam. milit. idque propter vitium
fraudis iure gentium improbatum, de quo
ſupra egimus n. 8. & tradit Dec. in d. l. ca-
ptatorias, n. 1. cum ſeq. Ratio autem natura-
lis, quæ hoc induxit, generaliter traditur in
l. vt vim. ff. de iuſt. & iure. ibi. *cum inter nos
cognationem quandam natura conſtituit, conſe-
quens eſt hominem homini inſidiari nefas eſſe.*
Vnde ſimiliter incorrecta manet deciſio d. l.
1. & d. l. illa inſtitutio. & conſequenter etiam
reſpectu militis debet ſtare diſpoſitio noſtri §.
vt quis hæredem. & d. l. ex facto.

Verũ contraria ſententia eſt in puncto iuris
verior, & tenẽda, nimirũ prædictum fideicom
miſſum abſque interpretatione Senatus vale-
re ex militari priuilegio. Quod manifeſte ſua-
detur: nam miles poteſt ſubſtituere directo
44 † alicui extraneo, vt exprimunt I. c. in l. mi-
lites etiam. 5. & in l. miles ita. §. miles, &
emãcipato. ff. de milit. teſt. in l. in teſtamento.
6. C. eodem tit. in quibus ita notat gloſſ. &
reliqui ordinarij. Vigl. in §. vlt. n. 2. Inſt. de
pupill. hęc autem ſubſtitutio directa facit hę-
redem inſtituto hæredi, & non teſtatori, ad
ſimilitudinem pupillaris. & ſatis innuit Vlp.
in d. l. milites etiam. ibi. *in his duntaxat, quæ
ſunt ex teſtamento eorum conſecuti, &c.* & Try-
phon. in d. §. miles & emancipato, ibi. *ve-*

rum

rum hoc ius in his exercebitur, quæ ab ipſo ad eum, cui ſubſtituit, peruenerint; non etiam in his, quæ habuerit, vel poſtea acquiſierit, &c. Vbi ſentientes prædictum ſubſtitutũ à milite directo datum, inſtituto, & non militi ſuccedere: ſtatim declararant priuilegium militis in pro poſito tantùm vigere in bonis, quæ ab ipſo milite profecta ſunt; pungit aliàs Coſta. in ca. ſi pater, 2. parte, verb. ac deinde filio, n. 27.

Vnde ſi miles poteſt facere directo hæredem ei, quem inſtituit, poterit etiam eundem inſtitutum rogare, vt aliquem hæredem ſibi faciat, quod argumentum quaſi à fortiori pro cedat, cum mitius ſit rogare, & precari, vt rogatus ſibi faciat aliquem hæredem; quam eidem directo facere: ergo, &c.

Nec obſtant, quæ ſupra in contrarium adduximus: nam pro ſolutione aduerte, verum quidem eſſe, non poſſe militem efficere, vt ſupremum iudicium hęredis ſui liberum non ſit, in quantum ratio naturalis ſuadet, quia tamen
45 miles poteſt ſubſtituere ad tempus, † ita vt adueniente tempore, veluti poſt mortem inſtituti, ſubſtitutus incipiat hæres directo fieri ipſi militi, dicta lege miles ita, in princip. lege centurio: vbi notant omnes, ff. de vulgari. Vigl. in d. §. vlt. n. 2. Inſt. de pupill. & ita debet intelligi Ord. Luſitana. lib. 4. tit. 87. §. 4. vt ſcilicet ſubſtitutus admittatur iure directo: fauore quoque militiæ indultum eſt, vt in iiſdem bonis poſſit miles ſuo hæredi hæredem directo facere. d. l. milites etiam; cum ſupra citatis. quaſi in effectu idem eſſet, ac ſi ſibi hęredem poſt tempus faceret.

Vnde cum in terminis noſtri §. vt quis hæredem; in princip. & d. l. ex facto, implementum illud in forma ſpecifica, nihil aliud inducat, quam vt rogatus ſibi aliquem faciat hæredem: quod miles abſque precibus poterat eidem directo efficere, vt oſtendimus: puto ſecure reſpectu militis, & bonorum, quæ ab ipſo profecta ſunt, non eſſe à Senatu improbatum prædictum fideicommiſſum directo implendum.

Nec ob id naturalis libertas ſupremi iudicij tunc in hærede rogato frangitur: nam ſuppoſita reſtrictione militaris diſpoſitionis ad bona tantum ipſius militis d. l. milites etiam, & d. §. miles & emancipato; nunquam rogatus cenſetur cogi contra naturalem libertatem, cum adhuc eidem in bonis proprijs, ac ſi à milite rogatus non eſſet, libera maneat diſponendi facultas, qualis tantum vnicuique competit ratione naturali.

Senatus verò ideo improbauit pagani diſpoſitionem in prædicta forma: tum quia ei poteſtas directo ſubſtituendi cõceſſa non erat, §. vlt. Inſt. de pupill. vbi notant omnes; tum vel maxime, quia illi remiſſa non erat obſeruatio ciuilis, quæ ſuadebat, teſtamentorum iura libera eſſe, ac per ſe firma eſſe oportere, nec ab alieno pendere arbitrio, tam reſpectu bonorum, quæ ab alijs prouenerant (in quo ſola iuris ſeueritas inſpici poterat) quam reſpectu propriorum bonorum, quæ ab alijs adeptus non eſt, in quo duntaxat naturalis etiã ratio vigebat. At militi, quidquid eſt ciuilis obſeruationis tantum, omnino remiſſum eſt. princip. Inſt. de teſt. milit.

46 Ex quibus puto † diſpoſitionem d. l. illa inſtitutio, vt ſupra conſideramus, & d. l. 1. C. de ſacroſ. Eccl. etiam procedere in milite, in ea parte, qua concurrit ratio naturalis mater iuris gentium (quo attento miles teſtatur, vt diximus.) ſcilicet, quando quis à milite cogeretur in bonis proprijs hæredem ſibi adſcribere; de alienis vero, quæ à milite prouenere, bene cogi poteſt, etiam iure directo, in caſibus, in quibus ius ciuile remiſit ſimplicem ſolennitatem, de qua ſupra, & quæ militi remiſſa eſt, d. l. milites etiam; cum reliquis iam relatis. In effectu enim parum intereſt, vt quis ea bona teneatur reſtituere, vel in iiſdem hęredem inſtituere.

47 Vnde ſequitur, † quod hæres ſcriptus à milite, & rogatus vt aliquem ſibi faciat hæredẽ, omnino tenetur facere, quem miles expreſſit, in bonis ſcilicet militis, & ad id cogi debet, ſicut aliàs cogitur inducta Senatus interpretatione, quando onus oblique implendum eſt, vt in noſtro §. vt quis hæredẽ, & d. l. ex facto.

Si autem rogatus decedat, antequam vltro nec, vel coacte ſibi faciat illum hæredem in bo nis militis, ſecure puto tale fideicõmiſſum non
48 interire; † immo tranſire in directam ſubſtitutionem, quam poteſt miles efficere, vt ſupra probauimus; Idq; comprobo argumento elegantis deciſionis in l. idẽ eſt. §. vlt. aliàs, l. neq; §. vlt. ff. de milit. teſt. ibi. *ſed perinde habendum eſt, ac ſi eidem ſeruo libertas ſimul, & hæreditas directo data eſſet: quæ utraque ad eum peruenire teſtatorem voluiſſe, negari non poteſt*, & quæ ibidẽ notant Bart. & reliqui. vbi ex aperta volũtate militis teſtatoris obliqua aliàs diſpoſitio vertitur in directum. ergo & ſimiliter ne pereat eiuſdem militis voluntas prædictum fideicom miſſum in directã ſubſtitutionẽ traduci debet.

Suppoſito igitur, quod miles poteſt rogare hæredem ſuum, vt ſibi aliquem faciat hæredẽ in bonis militis: illud ſubiungo, vt tale onus
49 poſſit imponere ſuper bonis rogati † vſque ad concurrentem quantitatem eorum, quæ a milite conſecutus eſt: nam quando fideicommiſſum in ſe validum eſt, ſiue ſub hac, ſiue ſub illa forma, nihil intereſt an ſit ex his, vel illis bonis implendum; nec in eo vnquam du-

Digitized by Google

bitatio fuit, cum poſſint teſtatores, quaterius eorundem hereditas patitur, de rebus hæredum, ac de proprijs teſtari, l. vnum ex familia, §. ſi rem, ff. de legatis 2. faciunt quæ ſupra tradidimus, num. 23. & nu. 37. verſ. & ideo.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu l. Diuortio. in princip. ff. ſoluto matr. à n. 1. cum ſeqq.

Qui dicantur fructus ciuiles. ibidem.

Inter virum, & vxorem fructus diuiduntur habita ratione temporis præcedentis. nu. 2.

Ratio, ob quam maritus fructus rei dotalis facit ſuos. ibidem.

Explicantur verba d. l. Diuortio. ibi. non ex die locationis. *&c. nu. 1.*

Reprobatur Duareni, & Barboſæ interpretatio. nu. 4.

Reprobatur Claudij ſententia. nu. 5.

Agitur de intellectu verſ. neque enim. in d. l. Diuortio. à nu. 6.

Fructus, qui ſtatim à principio contracti matrimonij percipiuntur, diuiduntur pro ratione illius anni, à quo cœpit coniugium. nu. 7.

Quando in eodem anno concurrunt fructus naturales, & ciuiles, qui à parte rei ſunt diuerſorum annorum, ciuiles incipiunt venire in partitionem, poſtquam percepti cenſentur. n. 8 & 30. & 40.

Fructus, qui à viro percipiuntur, incipiente matrimonio, non ſtatim, & indiſtincte ſunt ipſius; ſed diuiduntur pro ratione illius anni. nu. 9.

Reprobatur ſententia Hiſpani Baeça. nu. 10.

I. conſulti aliquando reſpondent tacitis obiectionibus, & regulis. nu. 11.

Quando in eodem anno concurrunt fructus naturales, ac ciuiles (qui à parte rei ſunt diuerſorum annorum) vtrique cenſentur illius anni. nu. 12. & quomodo id intelligatur. nu. 13. & 14.

Annus reſpectu fructuum naturalium, & reſpectu ciuilium in eodem anno concurrentium in propoſitis terminis, difformiter incipit, & deſinit. nu. 14. & 26. & 32. & 34 & 42.

Latiſſime agitur de impugnanda diuiſione Papiniani in verſ. itaque à n. 15. cum ſeqq.

Argumentum de toto ad partem, eſt in iure validiſſimum. nu. 16.

Proportio totius ad partes æque procedit in proportione Arithmetica, ac in Geometrica, nu. 17.

In ſocietate ſemper datur æqualitas, & proportio Geometrica, ibidem.

Papinianus in noſtro verſ. itaque proportionem totius ad partes, nec arithmetice, nec geometrice ſeruauit. Latè probatur, nu. 18.

Reprobatur Cuiacij, & aliorum ſententia circa interpretationem noſtri verſ. itaq; nu. 19.

Quamuis annus tredecim menſibus finiretur in terminis d. verſ. itaq; adhuc manet inæqualitas, & improportio in ipſius diuiſione, nu. 20.

Reprobatur interpretatio Duareni ad d. verſ. itaque, num. 21.

Multorum (qui referuntur) reprobata interpretationes ad d. verſ. itaq; vtpote literæ repugnantes, nu. 22.

Alia diuiſio planior, ac ſecurior inter virum, & vxorem, probatur, nu. 23.

In diuiſione fructuum coniugali habetur ratio temporis, quo curantur, nu. 24.

In fundis, qui bis ferunt in anno, ſingulis ſemeſtribus fructus indiſtincte lucro mariti cedunt, nu. 25.

Reprobatur interpretatio, & intellectus Barboſæ, & aliorum, nu. 27.

Qui Doctores Papinianum carpſit in præſenti, n. 28.

Deciſio noſtri verſ. itaq; non habet locum, quando fructus à parte rei ſunt eiuſdem anni, nu. 29.

Reprobatur quædam Pauli Caſtr. ſententia, nu. 31.

Vtrum maritus poſſit lucrari duas vindemias, quæ ſunt diuerſorum annorum? vide à num. 33. vbi duplex contraria opinio fundatur.

Oſtenditur falſa opinio, quæ affirmat, maritum poſſe lucrari duas vindemias, num. 34. Quod etiam intelligimus, quando vtraq; percipitur intra 12 menſes. nu 45. verſ. quod autem.

Quid intendat Papin. in noſtro verſ. itaq; dum mercedem locationis ab eo tantum tempore in partitionem venire dicit, quo locatio interceſſit, nu. 35. & nu 43.

Computatio noſtri verſ. itaq; eſt variabilis reſpectu mercedis, nu. 36. iuncto, nu. 34.

Conſideratur maximum inconueniens, ſi maritus duplicem vindemiam lucraretur, nu. 37.

In quibus terminis procedat §. non ſolum. in noſtra l. Diuortio. nu. 38.

Verſ. itaque. ſolum procedit in concurſu fructuum naturalium cum ciuilibus. à nu. 39. & 41. & 45. vbi vide.

Vt ſecundi fructus in eundem annum cadant, requiritur eorum perceptio, nu. 40.

Facta locatione ſtatim merces iuris cenſura dicitur percepta. ibidem.

Naturalis æquitas tamdiu debet obtinere, quamdiu ius non refragatur. nu. 44.

Vtrum, in terminis noſtri verſ. itaque maritus ante ſecundam vindemiam perceptam, debeat ex illa (facto diuortio) aliquid obtinere? nu. 46.

Reprobatur conciliatio quædam Barboſæ, nu. 47.

Reprobatur ſententia Duareni, & Cuiacij. num. 48.

Explicatur l. vnica, §. cumque, verſ. ſed & nouiſſimi. C. de rei vxoriæ actione. ibidem.

In quibus terminis procedat diuiſio, de qua in §. ex contrario. verſ. item ſi meſſes. infra hac noſtra l. Diuortio, nu. 49. & ſupra nu. 29.

CA-

Digitized by Google

CAPVT II.

Ad Papinianum in l. diuortio, 8. in princip. verſ. itaque. ff. ſoluto matrimon.

VT huius verſ. implacabilem
difficultatem patefaciam,
operæ pretium duxi totius
præcedentis contex. literam
enucleare; vt inde illatio
Papiniani. & quæ
contra illum excitanda eſt
difficultas, magis eluceat.
ſcribit Papin. lib xj. quæſt.

Diuortio facto fructus diuidi ait, non ex die
locationis, ſed habita ratione præcedentis tem-
poris, quo mulier in matrimonio fuit. Neque
enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem da-
tus ſit, cumque vir ex Kalendis Nouembris pri-
mis fruendum locauerit; menſis Ianuarij ſupre-
ma die facto diuortio, retinere virum, & vin-
demiæ fructus, & eius anni quo diuortium fa-
ctum eſt, quartam partem mercedis, æquum eſt.
Alioquin ſi collectis vindemijs altera die diuor-
tium intercedat, fructus integros retinebit: ita-
que ſi in fine menſis Ianuarij diuortium fiat, &
quatuor menſibus matrimonium ſteterit: vinde-
miæ fructus, & quinta portio mercedis inſtantis
anni confundi debebunt: vt ex ea pecunia tertia
portio viro relinquatur.

Exorditur Papin. proponendo regulam
circa diuiſionem fructuum inter virum, &
vxorem diuortio facto: exemplificatque in
fructibus ciuilibus, quales naſcuntur ex lo-
1 catione, † & ſimilibus; vt tradit idem Pa-
pinian. in l. ſi nauis 62. ff. de rei uindic. ibi. *non*
natura prouenit, ſed iure percipitur, &c. Vlp.
in l. mercedes. 31. ff. de petit. hæredit. ibi.
loco ſunt fructuum, &c. & in l. cum ſeruus. a-
liàs l. apud Iulianum. 40. §. fructus. ff. de le-
gatis 1. cum ſimilibus. Inquitque fructus ci-
uiles, ſcilicet mercedem locationis diuiden-
2 dam eſſe non ex die locationis, † ſed habita
ratione temporis præcedentis, quo conſtitit
matrimonium. Idque merito, quia cum
propter onera matrimonij ſupportanda ma-
ritus rei dotalis ſibi traditæ fructus ſuos faciat,
vt notat Cumanus in l. 2. in princip. num. 2.
ſupra hoc tit. quem ſequitur, & late compro-
bat inſignis Petr. Barboſa I. conſultus Luſita-
nus (cuius ad ius ciuile interpretamenta Pan-
dectas appellare licet) in l. de diuiſione 5. à
nu. 4. ff. hoc tit. & in noſtra l. diuortio 1. par-
te, nu. 4. verſ. & tenenda. eaque coniugalia
onera retro marito incubuiſſent: conſequens
fuit, vt etiam eiuſdem temporis ratio inire-
tur in fructuum partitione. Et ſecundum hoc
principium fit diuiſio in §. è contrario. infra
hac eadem l. ibi. *non ſolum partem duodeci-*
mam mercedis, ſed pro modo temporis omnium
menſium, quo dotale prædium fuit, ex mercede,
quæ debebatur, portionem retinebit, &c. & ge-
neraliter hanc diuiſionem ineundam fore
tam naturalium, quam ciuilium fructuum,
magiſtraliter docet in §. non ſolum, infra
hac l.

3 Vnde † verba illa noſtri tex. ibi. *non ex die*
locationis, &c. ſimpliciter ſunt accipienda, ne
ſcilicet dies locationis conſideretur, ſed tem-
pus dumtaxat, quo mulier fuit in matrimo-
nio, quia onera matrimonij (propter quæ
fructus viro competunt) ſuadent mercedem
locationis, quæ loco fructuum eſt, à tempo-
re contracti matrimonij, & onerum ſuppor-
tatorum debere diuidi, tradit Bartholomeus
Socin. hic n. 5.

4 Et hinc † merito venit refellendus Duar.
hic, & lib. 1. diſput. anniuerſ. cap. vlt. dum
interpretatur Papin. in præſenti, vt velit di-
cere, non ex die locationis tantum, ſed habi-
ta etiam ratione temporis præcedentis mer-
cedem diuidendam. Quæ expoſitio intendit
diem locationis eſſe principalius conſideran-
dum. & in effectu idem tradit inſignis Bar-
boſa hic d. 1. parte, n. 8. verſ. ſecundò infer-
tur. Nam ex dictis verius eſt, regulariter
tantum fore inſpiciendum tempus contracti
matrimonij.

Nec facit pro opinione præfatorum noſter
verſ. itaque, vbi merces locationis conſidera-
tur à die tantùm, quo celebrata eſt, & non
retro a tempore contracti coniugij. id enim
prouenit ex æquitate quadam ſpeciali, quæ
in illis terminis uiget, vt infra latius oſten-
detur.

5 Cauendũ † itidem eſt a Claudio hic n. 28.
ad fin. qui putabat mercedem locationis,
etiam quando fundus vacuus traditus eſt, &
euenit in d. §. è. contrario. non a tempore
contracti matrimonij, ſed ex die dumtaxat
locationis maritum lucraturum: id enim eſt
contra Papin. hic. in princip. & in d. §. è con-
trario, aduerſaturque veræ rationi, ob quam
vir fructus lucratur, de qua ſupra.

6 Præmiſſa † ſuprapoſita regula ſtatim ſuc-
cedit verſ. neque enim, quẽ certe conſtat ratio
nem afferre alicuius reſolutionis, vt patet; &
tamen nequaquam aptatur ijs, quæ expreſ-
ſim præcedunt: Nam mens Papiniani ibidem
illud tantùm intendit, ne maritus ſtatim, in-
diſtincte, ac ſimpliciter lucretur fructus vin-

demiæ, qui ab illo ſunt percepti, ſimul ac fundus in dotem datus eſt, plenus quippe traditus erat; quæ Papiniani intentio nihil commune habet cum præcedenti regula, & non ſolum non aptatur præcedenti regulæ, quinimo contradicit, ibi. *quartam partem mercedis, &c.* Nam ſupponebat text. matrimonium ſtetiſſe quatuor menſibus, vt videre eſt in verſ. itaque, ibi. *quatuor menſibus matrimonium ſteterit, &c.* Si autem d. verſ. neque enim, aptaretur iis, quæ præfatus fuerat Papin. ſine dubio non quarta pars mercedis, ſed tertia venire debebat: nam ſi temporis præcedentis ratio quoque habetur, ſecundum præiactam in initio regulam, & tempus præcedens quatuor menſium fuerit, quod anni trientem efficit, id eſt, tertiam partem, neceſſario non quarta mercedis portio, ſed tertia venire debebat, vt magis in ſpecie conuincitur ex d. §. è contrario, infra hac lege, vbi omnino merces locationis reſpondet tempori ante decurſo contracti matrimonij.

Ceterum pro ſolutione aduertas, Papinian. in ſuis libris quæſt. (vnde deſumptus eſt, hic tex. vt patet ex epygraphe) propoſita regula de diuidendis fructibus, qui poſtea ſunt colligendi, vt ſcilicet reſpondeant tempori præcedenti contracti matrimonij: ſubiunxiſſe alteram regulam procedentem è conuerſo: quando fructus ſtatim ab inito matrimonio

7 percipiuntur; vt ſcilicet diuidantur. † pro ratione illius anni, à quo matrimonium incœpit, V.g. ſi fundus vindemiæ tempore plenus videlicet fructibus in dotem detur, maritus non ſtatim fructus omnes, ac ſimpliciter lucrabitur, ſed diuidentur per illius anni ſpatium, à quo cœpit coniugium, & coniugalia onera, idque tum æquitate ſuggerente; quam ab abſurdo deducit in verſ. alioquin; tū etiam ex præſumpta voluntate mulieris, quæ fundum fructibus plenum tradidit, conſiderat Barboſa hic, d. 1. parte, n. 5. & latius confirmat oſtendendo abſurdum num. 9.

Propoſita igitur vtraque regula, quæſtionem excitauit, nimirum, quid dicendum foret, quando vtraque regula in iiſdem terminis concurriſſet, exempli gratia. Si fundus vindemiæ tempore in dotem detur, & ita plenus fructibus (quem traditum intellige Kalendis Octobris, vt ſatis innuit tex. & ponit gloſſa hic, verb. vindemiæ, & reliqui omnes) his autem collectis maritus primis Kalendis Nouembris eundem locauerit, menſe ſcilicet vno tranſacto.

In qua quæſtione ſecundum primam regulam, quam proponit Papinian. hic in princip. videbatur reſoluendum, mercedem locationis diuidi debere inter virum, & vxorem, non ex die locationis, (qui fuit Kalendarum Nouembris) in poſterum, ſed habita ratione præcedentis temporis, menſis ſcilicet Octobris, quo matrimonium contractum eſt.

8 Verum † Papinian. (vt coniectari licet, & neceſſarium eſt) in ſuis quæſtionum libris decidit in propoſitis terminis mercedem locationis non eſſe reſpondendam tempore præcedenti: motus forſan ſequenti collectione: nam vel fundus conſideratur tamquam bis in anno ferax, & ita fructus habentur quaſi diuerſorum annorum, iuxta §. quod in anno. infra hac noſtra lege; vel (quod & verum eſt, vt inferius oſtendemus) fructus conſiderentur, prout ſunt vnius anni: ſemper æquum eſt, ne merces locationis retroferatur, & reſpectu præcedentis temporis etiam diuiſio eiuſdem fiat: quia ſi primo modo fundus conſideretur, primi fructus percepti ſimpliciter marito competunt pro prima illa anni parte, nec vlterius protenduntur: ſequens verò redditus ſolum habet reſpectum ad ſequens ſemeſtre, in quo ſecundi fructus percipi cenſentur, & nequaquam retroferuntur, quaſi in diuerſum annum, iuxta d. §. quod in anno, & ibi gloſſ. verb. quod in anno, & reliqui Doctores.

Si ſecundo modo ſatis conſultum eſt viro, quod in uno fere anno lucretur fructus duorum annorum (ita enim a parte rei ſunt; vt tradit Barboſa in noſtra lege diuortio, d. 1. p. nu. 12.) abſque eo, quod vbique incipiant ab codē tempore. Quapropter ſufficit, quod vnicuiq; currant ab eo tēpore, quo ſunt vel verè, vel iuris cenſura percepti: videlicet fructus vindemiæ à tempore, quo traditus eſt fundus illis plenus & proxime colligendis: & merces locationis ab eo tempore, quo locatio interceſſit; & hanc ſententiā longa Doctorum ſerie comprobat Barboſa, d. 1. p. n. 15. & n. 17.

Et quod merces locationis non retroferatur ad tempus præcedens in propoſitis terminis ſatis innuit Papin. ibi. *quartam partem mercedis*, &c. quæ portio oſtendit, quartæ quoque parti anni reſpondere, quę in tribus menſibus conſiſtit: nam locatio facta fuit Kalendis Nouembris, & diuortium interceſſit ſuprema die Ianuarij, vt patet ex litera, & tamen matrimonium cœperet à Kalendis Octobris, vt ſupra oſtendimus: ergo merces locationis in his terminis non correſpondebat præcedenti tēpori, vni videlicet menſi, qui preceſſerat ipſam locationem.

De hac autem mercedis diuiſione non dubitauit Papinian. hic, ſed totus eſt in comprobando, fructus, qui ſtatim a principio contracti matrimonij ante locationem celebratam ſunt percepti, non ſtatim lucro cedere

9 dere mariti, † ſed extendendos per integrum ſpatium vnius anni. quod etiam notauit Barboſa. hic d. 1. parte nu. 4. & patet ex noſtro verſ. neq; & verſ. alioquin. vbi ab abſurdo confirmat I.c. ſuam opinionem, quia ſcilicet maritus vindemiæ tempore tradito fundo, & collectis ſtatim fructibus, ſi altera die diuertat, breuiſſimo illo ſpatio fructus vnius anni lucraretur. quod maximum inconueniens eſt, vt exponit Barboſa. d. 1. parte n. 9. & ob id conſiderandos eſſe docet, tanquam illius anni, a quo cœpit coniugium, & per totum extendendos, vt pro ratione temporis, quo ſtetit matrimonium, diuiſio fiat prædictorum fructuum.

10 Vnde refellendus † venit Baeca in tract. de decima tutorum. cap. 28. n. 1. & 7. dum putabat, fructus vindemiæ in præfatis terminis ſtatim, ac indiſtinctè effici mariti; contra verba, & mentem Papiniani hic. & eundem merito damnat inſignis Barboſa. d. 1. p. n. 4.

His ſuppoſitis conſtat d. verſ. neque enim. ſupponere alteram regulam, de qua ſupra proxime egimus; & non eam, quæ à principio proponitur, quam compilatores ſupprimunt hic. & huius ſuppreſſæ regulæ reddit rationem Papin. in d. verſ. neque enim. & tamen confirmat in d. verſ. alioquin.

11 Nec eſt nouum, † vt I. conſulti, vel tacitis aliquando obiectionibus, vel regulis ſoleant reſpondere: idque forſan, vel propter ipſorum affectatum Laconiſmum, ſiue propter in curiam compilatorum, vt contigit in l. ita tamen. 27. §. quoties. verſ. Marcellus. ff. ad S.c. Trebell. & in l. Gallus. §. idem credendum. ibi. *ne ſucceſſione teſtamentum rumperetur*. ff. de liberis, & poſthum. & in l. Titius, & Seia, verſ. huic ſimilis. ibi. *propter incertum ætatis, ac reſtitutionis*. ff. de fideiuſſoribus, in quibus iuribus, & alijs ſimilibus verba quædam ſunt adeo abrupta, vt niſi aliquid ſubintelligatur, perperam videantur adiecta. notat eleganter noſter Luſitanus Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte. verbo inſtituit. a nu. 3. cum tribus ſeqq.

12 Conſtat igitur ex dictis, † & ex litera noſtri tex. ibi. *alioquin collectis vindemijs diuortium intercedat, fructus integros retinebit*. &c. & in verſ. itaque, ibi. *fructus vindemiæ, & quarta portio mercedis inſtantis anni*. &c. Papinianum decidere fructus vindemiæ, & mercedem locationis, quæ menſe poſterior interceſſit, cenſeri vnius anni, & diuidendos pro rata illius temporis portione. notat eleganter, ac verè Barboſa. hic. d. 1. parte. n. 13. ante med.

13 Aduerte tamen † nō ita conſiderari fructus vnius anni, vt alterutri reſpondeant duntaxat alicui anni parti, vt aliàs euenit in §. quod in anno. infra hac l. & ibidem gloſſ. verb. quod in anno. cum reliquis. ſed potius vtrique ſimul reſpondeant toti anno, & cuilibet illius parti.

14 Aduerte tandē † ita reſpondere illi anno, in quo ſunt percepti, ac ita ſe inuicem comitari, vt fructus vindemiæ, qui vno menſe prius inceperunt reſpondere anno inchoati matrimonij; vno quoque menſe prius competant in ſolidum viro, quam merces locationis, quia etiam annus ille reſpectu fructuum vindemiæ, vno menſe citius finitur. At annus reſpectu mercedis vno menſe poſterior clauditur, cum menſe quoque poſterior inceperit. Quod conſtat ex noſtro verſ. itaque, dum ad diuiſionem fructuum vindemiæ, & mercedis, ſemper habetur ratio mercedis, ac ſi vno menſe poſterior incepiſſet in partitionem venire, nam pro tertia anni parte, quarta tantum portio mercedis confunditur. Atque ita in terminis noſtri tex. prædicti fructus vindemiæ, & locationis per vndecim tantum menſes ſe inuicem comitantur: & tredecim menſibus vtrique competunt in ſolidum marito: quia videlicet fructus vindemiæ vno menſe antecedunt mercedem locationis: & merces locationis vno menſe porior finitur, & vndecim ſe inuicem comitantur. ergo tredecim tranſactis, omnino lucro mariti cedunt.

15 Iam igitur ordine ſuccedit † noſter verſ. itaque, qui anſam huic ſelectæ interpretationi præbuit, vbi Papin. quæſtionem, quam excitauerat in verſ. neque enim. breuiter reſoluit: quod ſi fundus vindemiæ tempore, & ita fructibus plenus marito tradatur Kalendis Octobris, eumque vir perceptis fructibus fruendum locet Kalendis primis Nouembris: & ſuprema die Ianuarij (ſcilicet poſt quatuor menſes contracti matrimonij) diuortium fiat: vindemiæ fructus, & quanta portio mercedis confundi debebunt, ac ex tali commixtione fructuum, & pecuniæ, tertia portio viro relinquatur, qua reſpondet tertiæ anni parti, in qua ſtetit matrimonium, ſcilicet quatuor menſibus.

Et varijs omiſſis difficultatibus, quas eleganter, ac maturè percurrit doctiſſimus Luſitanus Barboſa, hic, d. 1. parte per totam: & ſuppoſita illa non modica, quam diſſoluit idem Luſitanus vbi proxime à num. 15. & à num. 19. cur ſcilicet merces locutionis non reſpondeat illi menſi, qui locationem præceſſit, conſtat enim ex tex. noſtro matrimonium ſtetiſſe quatuor menſibus, & ita tertia anni parte, & tamen mercedis locationis non tertiam, ſed quartam portionem venire, vt iam ſupra tetigimus. Illud mihi remanet

net excitandum dubium, quod oritur ex con-
fuſione quantæ portionis mercedis cum fru-
ctibus vindemiæ, quæ confuſio inciuilem in-
troducit diuiſionem, & contra proportio-
num regulas: immo & contra eam ſuppor-
tationem, quam etiam Papiniani mens inten-
dit inire.

Nam ſuppoſito, quod fructus vindemiæ a
Kalendis Octobris & merces locationis a ſe-
quentibus Kalendis Nouembris currere inci-
piant in vtilitatem, & compendium viri, vt
optime defendit Barboſa. a d.n.10.cum ſeqq.
recta diuiſionis proportio expoſcebat, vt vir
impleto illo anno in matrimonio (quo caſu
vniuerſum conſequitur, ſcilicet & fructus vin-
demiæ, & mercedem locationis, vt inferius
oſtendetur) tandem conſequatur proportio-
nabiliter in toto reſpectu totius, ſi anno duret
matrimonium, quantum in qualibet parte re-
ſpectu totius; ſi in illa parte anni diuortium
16 fiat † & hanc proportionis regulam I. con-
ſulti noſtri ſexcenties tradidere, vt patet ex
Caio in l. quæ de tota. 76. ff. de rei vendic. Vlp.
in l. qui ſcit. 25. verſ. quemadmodum. ff. de
vſuris. Ferent. Clement. in l. ſi ſeruus eius.
82. verſ. ſed ſi partem. ff. de acq. hæred. ibi.
*nihil enim intereſt de vniuerſo quæratur, quod ca-
pere non poſſit, an de portione, &c.* Modeſtino
in l. 3. ff. pro derelicto. ibi. *Vt hoc ſit in parte,
quod in toto, &c* & ita in iure tantùm valet
argumentum de toto quoad totum, quantum
de parte quoad partem, & etiam notauit gloſ-
ſa. in d. l. quæ de tota. vbi ſequuntur reliqui
ſcribentes.

Hæc autem proportio totius ad partes,
quam I. conſulti tradiderunt, æqualiter con-
ſiderantur in proportione arithmetica, ac in
17 geometrica, † in qua non ratio numeri, vt
in arithmetica, ſed æqualitatis in ipſa inæqua-
litate conſideratur: qua tamen proportionis
geometricæ inæqualitate nihil eſt æqualius,
quia ſupponit terminos inæquales: vnde in-
quit Ariſtoteles in Ethicis. *æqualitas inter inæ-
quales, maxima inæqualitas eſt.* hæc geometri-
ca proportio aperte inſpicitur in ſocietate, in
qua quando partes non ſunt expreſſæ à con-
trahentibus, æquales ſiunt geometricæ, hoc
eſt reſpectu eius, quod vnuſquiſque contulit,
non uerò arithmetice, vt ſentit gloſſa. uerb.
æqualis. ibi. *dic æquali fuiſſe capitale.* in prin-
cip. verſ. & quidem. Inſt. de ſocietate. vbi
nouiſſime notat Hiſpanus Pichardo, vltra or-
dinarios ibidem, & locis infra proxime re-
ferendis. Immo licet a ſocijs exprimantur
æquales partes, eæ nihilominus ſeruari de-
bent æquales in numero, & vt dicitur, arith-
metice, quæ ſimul ſunt æqualis geometrice,
hoc eſt, reſpectu eius, quod vnuſquiſque con-
tulit: aliàs inualida erit conuentio, vt innuit
Vlp. in l. ſi non fuerint. ff. pro ſocio. ibi. *&
placet valere, ſi modo aliquid plus contulit ſocie-
tati, &c.* & ibidem ita ſentientem Azonem ſe-
quitur gloſſ. verb. ſocietati. tradunt reliqui
ordinarij ibi, & in l. mutius. ff. eodem tit. &
in l. 1. C. eodem. & in d. princip. Inſt. eodem.

Dico igitur, quod ſicut proportio potius
ad partes procedit arithmetice, quando ra-
tio numeri tantum inſpicitur: ita etiam debet
procedere geometrice, quando ratio æqua-
litatis omnino inducendæ id ſuaſerit, & con-
ſequenter ea æqualitas geometrica, quæ re-
peritur in toto quoad totum, debet reperiri
in parte quoad partem, cum par ratio vtrobi-
que ſit, ut intuenti clare patet.

18 Quam proportionis regulam de † toto ad
partes nullatenus ſeruauit Papinian. in noſtro
verſ. itaque, quippe reſpectu cuiuſque partis
anni, plus emolumenti conſequitur maritus
facto diuortio, poſtquam per annum ſtetit ma
trimonium; quam conſequatur reſpectu eiuſ-
dem partis anni, ſi in ea diuortium fiat. At-
que ita plus adiudicatur parti anni in integro
anno, quo ſtetit matrimonium, quam ei-
dem parti in anno diuiſo, ſi in eius parte di-
uortium fiat. quod nequaquam patitur pro-
portionalis æqualitas totius ad partes.

Et vt prædictam inæqualitatem noſtri tex.
euidenter concludam, preſuppono cum om-
nibus Doctoribus in præſenti fructus vinde-
miæ valuiſſe duodecim; eundemque fundum
pro duodecim quoque fuiſſe poſtea locatum.

Quo ſuppoſito ſic deduco. Si decurſis qua-
tuor menſibus reſpectu matrimonij, & fru-
ctuum vindemiæ collectorum: & tribus re-
ſpectu mercedis locationis: facto diuortio pro
ratione temporis locationis, quod fuit trime-
ſtre, tria deducerentur (hæc enim eſt quarta
portio mercedis, quæ quartæ quoque anni
parti reſpondet, vt innuit Pap. hic.) quæ tria
confuſa cum omnibus fructibus vindemiæ va-
lentibus etiam duodecim, efficiunt quinde-
cim. & ex iſtis quindecim tertia portio dedu-
cenda eſſet, vt inquit noſter verſ. itaque (nam
Papin. decidit diuiſionem incundam, non à
tempore locationis, ſed à tempore, quo cœ-
pit matrimonium, & ex litera apparet, fuiſ-
ſe quatuor menſium, quæ tertia anni pars eſt;
vnde tertia quoque portio ex prædicta com-
mixtione deducitur) reſultabunt quinque in
viri lucrum facta partitione inter ipſum, &
vxorem, vt in ſpecie fatetur Barboſa, & quos
refert hic in d. 1. parte. n. 13.

Si verò coniugium ſteterit per duodecim
menſes, & locatio concomitanter per vnde-
cim, maritus conſequetur omnes fructus vin-
demiæ, vt aperte innuit Pap. dum iubet fieri
ſuppu-

ſupputationem ſecundum tempus contracti matrimonij, quod, ex ſuppoſitione, anno ſtetit, cuius prædicti fructus cenſentur, ne cogamur dicere fructus illos vindemiæ integro anno, quo onera ſuſtinuit, mariti lucro non ceſſuros. Quod eſt maximum inconueniens in propoſito, quidquid inuoluat Duarenus, in tit. ff. ſoluto matr. ad noſtram l. Diuortio. quem merito carpit Barboſa. d. 1. parte. n. 9. conſequetur itidem maritus vndecim partes mercedis locationis, iuxta eiuſdem Papin. computationem, quæ reſpondent vndecim partibus anni. nam duodecima pars mercedis relinquitur menſi ſequenti; quia quoad locationem fundi vno menſe poſterior annus in cœpit, vt ſupra diximus.

Quod autem maritus cõpleto anno debeat in ſolidum lucrari fructus omnes vindemiæ,& itidem vndecim partes mercedis, confirmo eodem argumento quo vſus eſt Papin. in noſtro verſ. itaque: nam ſecundum noſtram hypoſthеſim, matrimonium ſtetit per annum, quoad fructus vindemiæ; & per vndecim menſes, quoad mercedem locationis. ergo fructibus vindemiæ vndecim partes mercedis permiſceri debent. cum autem matrimonium anno duraſſet, nulla partitio fructum, & prædictarum vndecim partium mercedis fieri debet inter virum, & vxorum, facto tunc diuortio iuxta Papin. reſolutionem in d. verſ. itaque quinimo in ſolidum marito debentur.

Etenim ſicut Papinianus, facto diuortio poſt quatuor menſes (quæ tertia anni pars eſt quoad fructus vindemię,& quarta quoad mercedem locationis) quartam portionem mercedis fructibus vindemiæ permiſceri iubet, & ex omnibus tertiam portionem detrahi, quia tertiæ anni parti reſpondet, in qua matrimonium ſtetit, quæ, vt diximus, coſtituit quinq; ita neceſſario colligitur tranſactis ſex menſibus in matrimonio, ex quinque partibus mercedis (quia quoad mercedem locationis, quinta tantum anni pars elapſa eſt, nam ſemper in terminis noſtri tex. reſpectu mercedis vnus menſis retro abſcinditur) confuſis cum fructibus vindemiæ, viri portioni cedent octo & dimidium. tranſactis octo menſibus, ex permixtione ſeptem partium mercedis cum fructibus vindemiæ, viro relinquentur duodecim, & duæ partes vnius nummi. Tranſactis decem menſibus, ex confuſione nouem partium mercedis cum fructibus vindemiæ, viro competent ſeptemdecim & dimidium; & tandem tranſactis duodecim menſibus, confundi debent vndecim partes mercedis cum fructibus vindemiæ: & omnia ita confuſa mariti compendio cedere, ſcilicet viginti tria. quia cum annus ſit completus reſpectu fructuum vindemiæ, iam nulla reſpectu illius, relinquitur fructuum diuiſio facienda, quod erat intentum.

Conſtat igitur decurſis duodecim menſibus maritum lucrari duodecim nummos ex fructibus vindemiæ, & ex mercede locationis, vndecim. quæ ſummæ ſimul iunctæ efficiunt viginti tria; Tunc ſic argumentor. Maritus per duodecim menſes lucratur viginti tria. ergo diuiſo eodem anno in tres partes proportionabiliter, prædicti reddiтus in totidem partes diuidi debent. Atqui vigintitria in tres partes diuiſa conſtituunt tres fere beſſes, hoc eſt, ter octo, deficiente ſcilicet vnicuique beſſi tertia parte numi vnius. ergo ſingulis quibuſque quatuor menſibus (qui tertiam anni partem conſtituunt) octo fere numi tribui debent marito pro oneribus matrimonij, ſecundum eandem Papiniani computationem, ſi fiat reſpectu integri anni; & tamen in noſtro verſ. itaque, primis quatuor menſibus diuortio facto, ſola quinque marito adiudicantur. igitur prædicta confuſio mercedis, & fructuum vindemiæ, quam Papinianus partitur, maximam inæqualitatem inuoluit, plus enim tribuit parti in toto, quam parti anni ſeparatæ: quod nequaquam patitur ratio onerum maritalium, & proportionales iurius regulæ de toto ad partes, de quibus ſupra egimus.

Quæ quidem improportionata ſupputatio non ſolum inſpicitur reſpectu integri anni ad partes: quinimmo reſpectu cuiuſuis vlterioris partis anni ad interiorem. nam quatuor menſibus tranſactis, quinque numi marito competunt. Sex vero menſibus tranſactis octo numi, & dimidium. & ita plus conſequitur maritus in ſex menſibus reſpectu quatuor menſium præcedentium, quàm cõſequeretur in ipſis quatuor menſibus, ſi ſtatim diuortium fieret, vt factum eſt in noſtro verſ. itaq; nam octo, & dimidio diuiſis per ſex partes, plus vnicuique tribuitur, quàm quinq; diuiſis per quatuor, vt computanti patebit. Deinde tranſactis octo menſibus marito cedũt duodecim, & duæ partes vnius. Et ſecundum proximam conſiderationem, plus conſequitur maritus in octo menſibus reſpectu ſex, quàm conſequeretur in ipſis ſex menſibus; & multo plus, quam conſequeretur in quatuor; ſi poſt alterutros ſtatim diuortium fieret. Tandem tranſactis decem menſibus in matrimonio, marito competunt ſeptemdecim, & dimidiũ (vt iam ſupra contra Papin. colligendo oſtendimus:) & ita plus tunc conſequitur maritus in illis decem menſibus reſpectu octo præcedentium: & multo plus reſpectu præcedentium ſex: & plurimum reſpectu anteriorum quatuor menſium; ac ſi poſt vtroſuis ſtatim diuortium fieret ex vi ſuprapoſitæ computationis

tionis, quę inæqualitas attente intuenti nimis perſpicua fiet: vnde amplius immorari non licet.

Et hæc animaduerſio etiam oſtendit, quod licet inęqualitas computationis Æmilianę aliqualiter tolerari poſſet reſpectu illius temporis, quo locatio facta non erat, nec conſequenter merces locationis cum fructibus vindemię iam perceptis ęqualiter concurrebat: attamen poſtquam merces incepit in concurſum venire cum fructibus vindemiæ, omnino apparet intolerabilis illa iniquitas, & improportio, de qua ſupra.

19 Ex eadem † animaduerſione colligitur, deceptum fuiſſe eruditiſſimum Iacob. Cuiac. lib. 14. obſer. cap. 22. & quendam nouiorem, quem ipſe refert, peculiariter tractantem de Geometrica proportione noſtri tex. dum putant hic ſeruari æqualitatem geometricam: nam ipſi in tribus menſibus, quibus conſtitit matrimonium, ex tribus numis mercedis concedunt vnum marito, & duos vxori; idq; æquiſſimum dicunt: ergo deinceps proportionabiliter reſpectu eiuſdem mercedis, nunquam viro in ſingulis quibuſq; tribus menſibus deberetur, pluſquam vnus nummus ex vi geometricæ proportionis, quam prædicti inculcant. quod tamen ex dictis circa ſupputationem Papiniani manifeſte cóuincitur: ſemper enim, quo plus durat matrimonium in illo primo anno, eo plus creſcit lucrum viri ſecundum computationem Pap. non ſeruata æqualitate geometrica reſpectu temporis anterioris. Ex dictis quoq; refellitur Anton. Faber. lib. 1. coniect. cap. 13. qui eandem diuiſionem Æmilianam ſecundum prædictam proportionem nititur defendere.

20 Præterea † ſi annus, quo maritus omnes vindemię fructus lucrari debet, non terminaretur duodecim menſibus (contra Papiniani mentem, qui illum annum reſpectu vindemię, duodecim menſibus claudi magis innuit, dum vindemiam, quę à parte rei erat anni pręcedẽtis, refert ad illum primum annum, contracti matrimonij, & conſequenter nunquam vno debebat exire) ſed tredecim menſibus propter mercedem locationis, quę vno menſe poſterior incepit, mariti lucro competere, vt ex ſententia Caſtrenſis, Goſredi, Connani, & Cuiacij tradit Barboſa hic d. 1. parte, nu. 13. verſ. vlt. adhuc inęqualitas reſultat: nam impletis tredecim menſibus, maritus conſequitur 24. ex fructibus ſcilicet vindemię 12. & ex mercede locationis altera 12. vt patet ex hypotheſi ſupraposita; quæ quidem 24. diuiſa per ſingulos menſes, vnicuiq; fere ſextantem tribuit, ideſt, fere duos numos, quę computatio, ſi quatuor menſibus tantùm matrimonium conſtitiſſet, pluſquàm ſeptem numos marito tribuebat, & tamen in noſtro verſ. itaq; ſolos quinque lucratur, vt ſupra oſtendimus, & ſic de reliquis anni partibus: ergo plus conſequitur vir in anno, quàm in partę anni reſpectiue. Conuincitur tandem hęc inęqualitas ex ijs, quæ inferius, nu. 23.

21 Vnde Duar. hic pręd. forte † obiectiones pręſenti ns, contra verba Pap. loquitur, dum inquit, noſtrum verſ. itaq; ibi. *vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt*, &c. ita accipiendum eſſe, quaſi tantummodo velit Papinianus, in hac diuiſione ſimul habendam eſſe rationem fructuum vindemię, & mercedis locationis: atq; virum tertiam fructuum, & quartam mercedis portionem conſecuturum.

Verum hanc interpretationem Papinianus ipſe euertit, dum ſubijcit. *vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* &c. quæ verba manifeſte docẽt, fructus vindemię, & mercedem locationis ita confundi debere, vt iam non ſigillatim ex mercede, & ſigillatim ex fructibus, ſed potius ex corpore quodam compacto ex fructibus, & quarta portione mercedis, tertia viro detrahatur: vnde merito Duar. carpitur ab Hotomano in tract. de dote, pag. antepen. Barone, lib. 3. feudorum, cap. vlt. Cuiac. lib. 14. Obſ. cap. 22. Connan. lib. 8. Comment. cap. 10. nu. 8.

22 Aliter † explicat Alciat. lib. 3. Parad. c. 1. quem improbat Corraſ. lib. 5. Miſcel. c. 7. ad fin. & in præſenti nu. 14. qui in d. locis aliter explicat. Verum, & ipſe limam patitur Hotomani, d. pag. antepen. Aliter Charondas, lib. 1. veroſil. cap. vlt. Aliter Aurelius, lib. 2. Animaduerſ. cap. 8. alios refert, & damnat Barboſ. hic, d. 1. parte. nu. 11. & ſeq. quorum omnium interpretamentis non acquieſcunt I. C. verba.

Ex quibus altius repetitis (pace I. conſultiſſimi Pap. dixerim) prædictam diuiſionem iniquã eſſe, & improportionatam, etiam ſecundum eiuſdem mentem, & modum ſupputandi, vt

23 ſuprà, concludimus: aptiuſque † fore, ſi tertia portio fructuum vindemię, & quarta mercedis, mariti compendio cederet, ſecundum quam computationem, omnis inæqualitas, & improportio ceſſaret, vt apparet. & hoc innuebat Duar. licet inepte intenderet verba I. C. in hunc ſenſum trahere.

Et vt euidentiſſimè colligatur æqualitas noſtrę partitionis, & inæqualitas Æmilianę, fingamus in noſtro verſ. itaq; locationem factam fuiſſe ſtatim poſt vindemiam collectam à viro: nam tunc primus ille annus matrimonij ęqualiter currit reſpectu vindemię, & mercedis locationis, & in fine anni vtrumq; conſequitur

ſequitur maritus in ſolidum, vt probatur ex
dicendis nu.31. Vnde, ſi proportio æqualis
inducenda foret, in quatuor primis menſibus
viro competerent octo nummi; in ſex menſi-
bus, 12. in octo menſibus, 16. in decem men-
ſibus, 20. & ita in duodecim menſibus, com-
peterent 24. At ſi ſecundùm Papiniani com-
putationem diuiſio fieret, ita vt in quatuor
primis menſibus matrimonij tertia portio
mercedis confunderetur cum fructibus vin-
demiæ valentibus 120. indeq; tertia portio
deduceretur, ſolum competerent viro quin-
que, & parum plus, & conſequenter in ſex
menſibus, 9. in octo menſibus, plus quam 13.
in decem menſibus competent 18. & plus; &
tandem in duodecim menſibus, 24. ex qua
diuiſione in qualibet parte anni cernitur inæ-
qualitas Arithmetica, & Geometrica reſpe-
ctu anterioris, vt oſtendimus: & tamen in fi-
ne anni Papinianus vniuerſum marito tribuit,
ſicut & nos tribuimus; in quo apertius viſi-
tur improportio diuiſionis, quam ipſe intro-
ducit.

Nec ſeruata hac diuiſione obſtabit dicere,
quod ſi Papiniani ſententia, in confundendo
mercedem locationis cũ fructibus vindemię,
non obſeruaretur, iam vel fructus illi, natu-
rales ſcilicet, ac ciuiles, conſiderarentur tan-
quam diuerſorum annorum, vt à parte rei
ſunt, vel vnius anni, eo tamen modo, quo di-
citur in §. quod in anno. infra hac eadem l.
quaſi ab eodem fundo bis in anno fructus per-
ciperentur, quorum alterutrum inuoluit in-
conueniens. Quod probatur: nam ſecun-
dum æquitatem, quam ſupponit Papinianus
in præſenti, merces locationis incipit ab eo
tantum tempore, quo locatio interceſſit, quia
24 etiam fructus vindemiæ (quibus † plenus fun
dus traditus eſt) qui alias debebant reſpicere
totum tempus retro, quo curantur, non verò
id tantum, quo percipiuntur, vt inquit Papin.
in §. non ſolum, verſ. nam & hic, infra hac ea-
dem l. Oldradus, conſ. 112. num. 1. alios refe-
rens tradit in ſpecie Barboſa hic, dicta 1. par-
te, num. 1. Relicta ratione præteriti temporis
à marito percepti conuertuntur in annum ſe-
quentem, in quo etiam ab eodem fundo loca-
to merces percipitur: ergo niſi confundantur
modo, quo Papinianus aſſeruit, non vnius an-
ni, vt fateri debemus, ſed diuerſorum dice-
tur; & per conſequens fructus vindemiæ, qui
in veritate anterioris anni ſunt. Barboſa, di-
cta 1. par. num. 1. & paſſim debebant in diui-
ſione lucro tantum vxoris cedere, iuxta dictũ,
§. non ſolum. verſ. nam & hic. ibi: *toto tempo-
re, quo curantur, non vero, quo percipiuntur, ra-
tionem accipere debemus*, &c.

Vel etiam (vt diximus) niſi confundantur,
& dicamus vnius anni eſſe, neceſſario fateri
debemus, fundũ illum, à quo duplex is fructus
percipitur, cenſeri ac ſi bis ferat in anno, iuxta
dictum §. quod in anno: nec enim reſpectu eiuſ
dem fundi aliter conſiderari poteſt duplex fru
25 ctus in vno anno. Quod quidẽ † id incommo-
di non modici inuoluit, quia ſcilicet in his fun-
dis, qui bis fructus ferunt in anno, ſingulis ſe-
meſtribus completis in coniugio, omnino ce-
dunt mariti lucro. vt oſtendit I.c. in d. §. quod
in anno. & ibi exprimit gloſſa. verb. quod in
anno. ſequuntur omnes ſcribentes, & nouiſ-
ſimè Barboſa, ibidem. At fructus vendemiæ,
& merces locationis in terminis de quibus in
noſtro verſ. itaq;, cum à parte rei nõ ſunt eiuſ-
dem anni, ſed diuerſorũ, & fauore matrimo-
nij ad ſupportationem coniugalium onerum,
vnius anni cenſeantur, æquum viſum fuit, vt
vtriq; pariter pro ratione totius anni veniant
in partitionem, & conſequenter confundi de-
bent ſecundum ſententiam Papiniani.

Verum noſtra plana partitio facillimè ex-
peditur ab hac bimembri obiectione: nam in-
genue quidem fatemur, prædictos fructus vin-
demiæ, & mercedem locationis, vnius anni
cenſeri: ita tamen, vt vno mẽſe prior incipiat
currere annus reſpectu fructuum vindemiæ,
26 & † eodẽ poſterior annus reſpectu mercedis,
& conſequenter eodem menſe prior deſinat,
qui cępit prior. vt ſupra oſtendimus.

Ingenue etiã fatemur prædictos vindemię,
& locationis fructus cõfundi debere, & pro ra
tione temporis diuidi: ita tamen, vt confuſio,
& permixtio vtrorumq; non fiat ad diuiſionẽ,
ſed ad adiudicationem; hoc eſt, a fructibus vin
demię tertia portio deducatur propter decur-
ſam tertiam anni partem, à mercede locatio-
nis quarta portio deducatur, quia quarta quo-
que anni pars reſpectu eiuſdem locationis ela-
pſa eſt: & vtraq; ſumma confuſa, & permixta
marito competat, quaſi iam in corpore diuiſa
inter ipſum, & vxorem, non verò poſt confu-
ſionem diuidenda..

Manet igitur diuerſa, ac melior diuiſio colle-
cta ex Papiniani mente (dum in fine anni vni-
uerſos fructus vindemiæ, ac mercedis viro tri-
buit) contra eiuſdem verba, & modum diuidẽ
di, quem prædicta obiectione (ne ſcilicet di-
uerſorũ annorum viderẽtur) motus induxit,
vt notat Barboſa hic, dicta 1. par. nu. 13.
27 Vnde, ſicut † improbamus Papiniani diuiſio-
nem, ſequitur etiam Barboſæ intellectũ cor-
ruere, dicta 1. par. d. nu. 10. qui Iuriſcõſultum
ſequutus, eandem, quã ipſe, patitur expugna-
tionem; & idem aſtruo de Copo in trac. de fru
ctibus. lib. 3. tit. 2. cap. 6. Antonio Coſtano in
trac. de dotibus. cap. 6. nu. 20. Cuiacio in notis
ad fragmẽta Vlpiani in Inſtitutionib. cap. 22.
& lib.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

& lib. 4. feudorũ. tit. 30. colum. vlt. & de alijs, quos referens ſequitur Barboſa, dicto nu. 10. qui omnes illi conſentiunt.

Ceterum, interim dum legiſlatori contrarium non placuerit, vbi ius Romanorum obſeruatur, dandæ ſunt manus acutiſſimo, & excelſi ingenij Papiniano: conſulerémque viris in dictis terminis diuertere cupientibus, vt finem anni expectent, ſi tædioſa diuertendi cauſa inducijs emolumenti protelari patitur.

28 Ne autem † cuiquam temerarium, & inſolens videatur, me in prudentiſſimum Papinianum inuehi, videat quod inquit in præſenti Paulus Caſtr. à n. 2. qui audentur aſſerit Papinianum, dum decidit quartam portionem mercedis confundi debere cum vindemia, gratis id, ac libere dixiſſe, nec fundari in aliqua bona diuidendi ratione, conſentiunt Claudius hic in principio. Pontanus nu. 24. in effectu Iaſ. nu. 3.

29 Interim aduerte † Papiniani deciſionem in dicto verſ. itaque, vel vt ipſe conſiderat; vel vt nos faciendam putamus, non habere locũ; in terminis, in quibus à parte rei fructus vindemiæ, & merces locationis ſunt eiuſdem anni; exempli gratia, ſi tradatur fundus vacuus marito, in eoque ſit vinctum, & alia eiuſdem fundi pars ad meſſem apta: in hoc enim caſu, ſi maritus illam telluris partem, quæ meſſem ferebat, locet, vinotumque colendum fruendum ſibi retineat, quandocunque matrimonium diſſoluatur, ſemper vnus, idemque annus conſiderabitur, iſque a tempore contracti matrimonij, & reſpectu huius temporis vtrorumque fructuum naturalium, & ciuiliũ ſimplex, ac plana partitio fiet, etiamſi vindemia adhuc ſit in ſpe tantum, & ita procedit §. ex contrario; verſ. Item ſi meſſes; infra hac noſtra lege, de quo late, & eleganter Barboſa hic, dicta 1. p. a n. 24. verſ. his ita.

Amplius pro noſtri verſ. itaque, materia aduertendum eſt, quod eum Papinianus recte aſſerat, mercedem locationis, non ante in par-
30 titionem venire, † quã ipſa locatio celebrata fuerit, & deinceps: quia ſcilicet cum pro tempore præcedenti ſatis conſulatur viro ex fructibus vindemiæ, qui a parte rei, vnius integri anni erunt, vt tradit Barboſa dicta 1. p. nu. 15. & 17. iuſtum fuit, vt non conſideraretur merces locationis niſi ex die, quo facta locatio eſt, quia non ante fructus ille ciuilis, nimirum merces locationis in rerum natura eſſe incipit, quod ſaltem requiritur ad effectum, vt diuerſorum annorum fructus, vnius eſſe cenſeantur, tradit Barboſa vbi proxime n. 19.

Vnde iam primò infertur, quod ſi in terminis noſtri verſ. itaque, fundus non fuerit locatus Kalendis Nouembris, ſed Ianuarij, cuius ſuprema die diuortium factum eſt, tunc non quarta portio mercedis, ſed duodecima in confuſionem venire debet, ſecundum mentem Papiniani, & ea, quæ nos iam diximus circa
31 veram ſupputationem, & † per contrarium, ſi locatio ſtatim fiat tempore vindemiæ, tunc pari paſſu current vtrique fructus, ſcilicet naturales, & ciuiles a tempore contractu matrimonij, vt tenuit gloſſa hic, verbo, tertia. ſequitur Barboſa, dicta 1. p. n. 14. quidquid dicat Palus Caſtr. hic n. 10. verſ. tertio quęro: nam pro illo tempore, quo vtrique fructus ſe inuicem oſtendunt, & comitantur, iuxta ſupra dicta, exiſtimantur, ac ſi vnius annis ſint; quod Caſtrenſis non attendebat.

32 Præterea infertur, quod † ſicut in terminis noſtri verſ. itaque, ex eo, quod locatio uno menſe poſt perceptionem fructuum vindemiæ facta fuit, & ab eo tantum die merces incepit viro competere; annus quoad locationem, & illius mercedem, uno itidem menſe poſterior finitur; quam quoad vindemiam: Ita ſi duobus, tribus, vel vltioribus menſibus poſt vindemiam collectam locatio fiat, annus, quo maritus mercedem locationis ſuam facere incipit, exinde computari debebit, iuxta mentem Papiniani: adeo vt ſi anno duret matrimonium, & in vltimo menſe locatio fiat, duodecima tantum portio mercedis cum fructibus vindemiæ mariti lucro cedat: & tunc fructus vindemiæ, & merces locationis quoad duodecimam tantum eiuſdem portionẽ, vnius anni fructus cenſebuntur, argumento eorum, quæ ſupra diximus, ſi vero vlterius protendatur coniugium, tunc non niſi poſt undecim menſes deinceps tranſactos ipſa merces in ſolidum marito competet: & ita viginti tribus menſibus lucrabitur maritus, & fructus vindemiæ, & mercedem locationis.

33 Tertiò infertur † ad illam queſtionem, vtrũ maritus in ſpecie noſtri verſ. itaque, poſſit lucrari duas vindemias? in qua queſtione nonnulli, quos refert Barboſa hic, in dicta 1. p. n. 9. inficiantur, quaſi id iniquum, & abſurdum ſit, eo ducti fundamento, quod iſtæ binæ vindemiæ diuerſorum annorum ſint.

Alij affirmant, proculdubio tenentes vtramque vindemiam tranſactis tredecim menſibus maritum lucraturum; ita Alber. hic, n. 10. verſ. & ideo. Cuman. n. 13. Paul. nu. vlt. Alexand. & Pontanus, vterque n. 24. ſequitur Barboſa vbi ſupra n. 14. & nu. 21. vbi tamen declarat eſſe neceſſariam vtriuſque perceptionem.

Quæ affirmatiua ſententia ſuadetur primò ex noſtro verſ. itaque, vbi ſentit Papin. maritum poſſe tredecim menſibus, & vindemiam, & mercedem locationis ſuam facere, ſi totidem

dem

dem menſibus conſtitit matrimonium, & onera ſuſtinuit; ergo ſimiliter in duplici vindemia dicendum videtur.

Deinde (vt ego pro eadem ſententia conſidero) fructuum toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, ratio habetur in diuiſione inter virum, & vxorem. §. non ſolum, infra hac noſtra lege; ergo licet quis à die contracti matrimonij vnam vindemiam tunc pendentem collegerit, cum tamen eodem anno fundum colat propter vindemiam ſecuturam, ratione illius curæ, & ſimul onerum coniugalium futura vindemia (& maxime collecta) debet pro eodem anno in partitionem venire iuxta dictum §. non ſolum.

Prima opinio ex eo reprobari poſſe videtur, quia diſpar ratio non apparet inter fructus naturales concurrentes cum ciuilibus, aut concurrentes cum naturalibus. Atqui ex noſtro verſ. itaque, conſtat maritum pro uno, eodemque anno concurrentis fructus naturales & ciuiles, ſcilicet mercedem locationis lucrari, igitur duplicem naturam obtinere poteſt.

Nec eiuſdem ſententiæ fundamentum firmum videtur: nam prædictæ duæ vindemiæ, non tanquam diuerſorum annorum, ſed potius vt vnius anni conſiderantur, ut iam ſupra in mercede locationis late oſtendimus, ergo, &c.

34 Secunda opinio nequaquam etiam ſuſtineri poteſt, nec enim ſecuris innititur fundamentis: nam quoad primum attinet, Papinianus in noſtro verſ. itaque, propterea innuit maritum lucrari poſſe vniuerſos fructus tam vindemiæ, quam locationis, tranſactis tredecim menſibus, quia ſcilicet merces locationis uno menſe poſterior, quam vindemia incepit mariti lucro cedere, & ita tredecim menſibus tunc annus fruitur reſpectu vindemiæ, & mercedis; reſpectu tamen alterutrius per ſe conſiderati, duodecim menſibus clauditur habita ratione temporis à quo incepit: Vnde ſi duobus, tribus aut vlterioribus mẽſibus locatio celebraretur poſt vindemiam collectã; iam non tredecim menſibus, ſed quatuordecim, quindecim, aut vlterioribus tranſactis, vindemiam, & mercedem locationis lucrari poterit, vt neceſſario euincit computatio, & mens eiuſdem Papiniani: dum annum quoad mercedem locationis exorditur a die locationis tantum.

Idem etiam ſuadet ratio: quia cum prædicti fructus a parte rei ſint diuerſorum annorũ: primi, qui capiuntur, ſtatim pro ratione temporis, quo matrimonium ſtat, incipiunt viro competere; ſecundi, qui alterius anni erant, tunc incipiant competere, cum iuris cenſura percipiuntur, & ex inde annus cõputetur, finia-
turque duodecim menſibus deinceps ſequentibus, & hi ciuiles fructus, eouſque tantum concurrant cum vindemia, quo annus reſpectu vindemiæ terminetur: & deinceps currant ciuiles, quouſque annus reſpectu eorum finiatur,
35 iuxta mentem Papin. hic, qui † in hoc adhuc
ſeruauit qualitatem diuerſorum annorum, quæ in vindemia, & mercede locationis à parte rei inerat.

Vnde ſi argumento vindemię, & ſimul mercedis; ad duplicem vindemiam inferendum eſt; iam non tredecim menſibus (in quibus vtraque colligitur) ſed vlterioribus (iuxta ea, quæ ſupra proxime de mercede diximus) maritus vtramque lucrari debebit: & per conſequens male fundatur præfata ſecunda ſententia.

Eo maxime contra Barboſam, & quos refert in dicta r. p. n. 14. arguo ex iis, quæ ipſe tradit n. 20. & 21. vbi ad effectum, vt maritus, cui traditus eſt fundus fructibus vindemiæ iam maturis: poſſit in eodem anno alios lucrari, requirit, quod ſecundi fructus vel ciuiles, vel naturales in rerum naturam producantur, & in ipſa tellure compareant; ita interpretato Papiniano hic, dum mercedem locationis ab eo tempore in partitionem adducit, quo in eſſe producta eſt propter exiſtentiam locationis, ergo ſi propterea fructus tam naturales, quam ciuiles ab eo tempore, quo producuntur, in partitionem venire dicit, vt Papiniano aſſentiat: neceſſario cum ipſo Papiniano tenetur fateri (argumento mercedes locationis) ab eo tempore, quo in eſſe producuntur, & in partitionem venire incipiunt, annum computari, qui quandocumque in poſterum duodecim menſibus finiatur. Atque ita male Barboſa, & reliqui, quos ſequitur, aſſerunt maritum tredecim menſibus tranſactis indiſtincte vtramque vindemiam lucraturum.

36 Accedit, quia computatio anni quoad mercedem locationis, de qua ibi, eſt variabilis, vt ſupra probauimus ex verbis, & mente Papiniani: at dicta opinio, dum tredecim menſibus elapſis marito in ſolidum, & indiſtincte tribuit vtramque vindemiam, eſt perpetua, & inuariabilis; cum ſemper vſque ad id tempus vtraque colligatur: ergo ad hanc ſententiam roborandam non poteſt deduci fundamentum perpetuum, & inuariabile, ex dicto verſ. itaque, quod mutabilem ſupputationem patitur.

37 Deinde ſi argumento noſtri verſ. itaque, reſoluunt Barboſa, & reliqui, præfatam ſecundam opinionem tenentes, fructus (qui in eodem primo matrimonij anno poſt vindemiã à viro collectam ſequuntur) incipere in tributũ venire; quando vere vel ficte ſunt percepti, ut

Docto-

Doctores tuentur, quos refert Barboſa, dicta 1. p. nu. 19. ante finem. vel vt ipſe ibidem vult, quando in rerum naturam producuntur, iuxta modo dicta; & exinde concurrant cum præcedentibus in partitionem: ita tamen vt finitis tredecim menſibus, vtrique in ſolidum, & indiſtincte competant viro, ſequeretur intolerabilis quædam, & plus quam iniqua diuiſio: nam in fine vnius anni tredecim menſibus terminati, maritus lucraretur dupli cem vindemiam tanquam eiuſdem anni: & tamen ſi primo ſemeſtri (quo fructus ſequentis vindemiæ nec in tellure comparent, nec in eſſe aliqualiter producti ſunt, tantum abeſt, quod ſunt percepti) diuortium fieret, vna dumtaxat vindemia veniret, eademque in par titionem inter virum, & vxorem: cum tamen vtraque vnius eiuſdemque anni ſit, nec reguletur ex deciſione §. quod in anno. infra hac l. vt iam ſupra cum eodem Barboſa latius comprobauimus. Vel ſaltem ſi ab eo ſolo tempore, quo incipiunt competere, confuſio & diuiſio facienda eſſet, argumento mercedis, de qua in noſtro verſ. itaque, eadem iniquitas, & improportio, quam contra illum expendimus, etiam in hanc ſententiam inueheretur.

Tandem pro ſecunda ſententia nihil facit vltimum fundamentum deductum ex dicto §. non ſolum. quia ſi in hac ſpecie procederet, ſequeretur contra eorundem Doctorum mentem, etiam à principio contracti matrimonij ſecundam vindemiam venire in partitionem: ipſi namque ab eo tantum tempore venire volunt, quo vel percipitur, vel ſaltem in eſſe producitur, vt malebat Barboſa,
38 & ſupra notauimus. Vnde † ſecure dico, dictũ §. non ſolum. duntaxat procedere, quando à principio, fundus, vel quælibet res fructuoſa uacua tradita eſt, vel vt generalius loquar, quando in eodem anno non currunt alij fructus, qui in veritate erant alterius anni, iuxta noſtrum verſ. itaque. Et ratio eſt: quia vel iam ceſſat æquitas dicti §. non ſolum, vel ſi de rigore iuris procedit, iam talis ſeueritas æquitate noſtri verſ. itaque, eneruatur: ne tot emolumenta viro cumulentur in grande mulieris diſpendium, cum aliàs fructus, qui a viro ſtatim à principio contracti matrimonij colliguntur, deberent referri ad annum præcedentem, in quo mulieris erant, ſecundum dictum §. non ſolum. & tamen referuntur in ſequentem; ergo alterum, cum altero compenſandum eſt.

Antequam igitur aliquid proferam in prædicta quæſtione, quæ adhuc deciſa non vide-
39 tur, illud præfari liceat: nempe † in noſtro verſ. itaque, (ſi verum amamus) ſolum admit ti poſſe concurſum fructuum naturalium cum ciuilibus, de quo loquitur: nec poſſe recipi concurſum naturalium, cum naturalibus reſpectu eiuſdem anni, cum a parte rei ſint diuerſorum.

Quod inprimis comprobo ex Papiniani mente ibidem, dum ait, fructus ciuiles, ſcilicet mercedem locationis, non à tempore contracti matrimonij, ſed ex die locationis incipere in partitionem venire cum fructibus vindemiæ, qui à viro antea percepti fuerant: nam id ex eo prouenit, quia ſuppoſito, quod fructus vindemiæ (qui vnius anni eſſe debebant) extendi per illum primum annum matrimonij æquum viſum fuit ex ratione Papiniani in noſtra l. diuortio. verſ. alioquin. & ſupra latius expendimus: reliqui fructus (quià parte rei ſunt alterius anni) non aliàs in eundem ca dunt, quam poſtquam percepti fuerint in eodem anno. Quam interpretationem circa per
40 ceptionem, magis conſonam Papiniani menti puto, eamque tradidere plurimi, quos refert Barboſa hic. dicta 1. p. n. 20. & 21. quid quid ipſe ſine vllo probabili fundamento ſolum requirat fructuum in rerum naturam productionem, non vero perceptionem: putans mercedem locationis, de qua ibi, non poſſe dici perceptam, ſed tantum in eſſe productã. & hoc argumento receſſit ab eorum, quos refert, ſententia; cum verius ſit mercedem locationis cenſendam potius perceptam, quam dumtaxat productam, & imperfecte comparentem: nam ſimul ac inter contrahentes de re locanda, conducenda, & eius mercede con uenit, iam pro percepta conſideratur, ſiquidem actio regulariter inuariabilis ad illam competit, vt eſt vulgare, & eius tantum executio differtur in tempus ſtatutum vel à iure, vel ab ipſis contrahentibus: & hinc prouenit quod ſi conductor anticipatam totius anni mercedem dederit, non poteſt repetere, vt ab ſpeciali probat Vlp. in l. ſed addes. §. ſi quis cum. ff. locati. vbi Paul. Caſtr. & reliqui.

Si igitur merces locationis concurrit cum fructibus vindemiæ in lucrum viri, quia reſpectu eiuſdem anni, iuris cenſura percepta videtur: manifeſte ſequitur, non poſſe maritum in eodem anno duplicem fructum naturalem ſuum efficere, quia poſtquam prima vindemia ab eo collecta fuit, prius annus ille exit, quam ſecunda colligatur, & percipiatur. ſiquidem prima à Kalendis Octobris (in quibus contractum eſt matrimonium) cæpit colligi: vnde ille annus ſuprema die ſequentis Septembris finitur; & iam ſecundus October, in quo ſecunda vindemia percipitur, principium offert ſecundo anno eiuſdem matrimo nij. Ergo cum ſecunda vindemia nec quoad totum,

Digitized by Google

totum, nec quoad partem percepta ſit in primo matrimonij anno, nequaquam debet concurrere ad portionem cum fructibus illius primi anni; ſed iam protenditur in diuiſionem anni, qui ſequitur, ſecundum mentem Papiniani.

41 Nec inconuenit † comparatio mercedis, de qua in noſtro verſiculo itaque, id enim ex eo prouenit, quia merces, quæ ciuilis fructus eſt, iam ab eo tempore, quo locatio intercedit, iuris cenſura percepta eſt; & quia propter onera matrimonij viro competit, ad vmbram onerum tractum habet ſucceſſiuum quoad acquiſitionem, & lucrum viri, pro ratione ſcilicet illius anni, etſi hoc, quod in mercede conſideramus, aptari poſſet ſecundæ vindemiæ, idemque quoque in ea ſtatueremus: vnde quia quoad hunc effectum in naturalibus fructibus non poteſt dari eadem ratio, quæ in ciuilibus, vt infra amplius patefiet, nihil mirum, quod ciuiles aliquando poſſint concurrere in eundem annum; non item naturales, quando vtrique naturales a parte rei ſunt duorum annorum.

42 Accedit, † quod etiam in terminis noſtri verſ. itaque, poteſt euenire, vt vel nihil, vel parum dictæ mercedis concurrat cum fructibus naturalibus illius primi anni, ad ſimilitudinem ſecundæ vindemiæ, de qua nuper egimus: nam ſi locatio fundi celebretur non primis Kalendis Nouembris, ſed potius Septembris, qui vltimus eſt illius anni menſis, vel etiam iam in Octobre (qui initium præbet ſecundo anno) antequam ſecundi fructus percipiantur, & reſpectu eorundem locatio fiat: iam vel duodecima tantum pars mercedis cum fructibus primæ vindemiæ, ſi in ſequenti Septembri locatio fiat: vel nihil cum prædictis fructibus concurret, ſed ad ſecundum annum integra pertinebit, quia iam in ſecundo anno locatio facta eſt, idque ſecundum mentem Papiniani neceſſario collectam: ergo ex noſtro verſ. itaque, potius inferre poſſumus ad confirmandam noſtram ſententiam, quam ad euertendam, cum in eo caſu, quo mercedem locationis confundimus cum fructibus primæ vindemiæ, id proueniat ex perceptione, quam ius conſiderat in mercede, & quæ in ſecunda vindemia conſiderari antequam naturaliter colligatur, non poteſt.

Nec officit §. non ſolum, infra hac noſtra lege vbi in fructibus pendentibus, & nondum collectis habetur ratio temporis tranſacti, quo curantur: nam ad illum iam reſpondimus, non procedere in terminis noſtri, verſ. itaque, quia licet non referamus fructus illos poſtea colligendos, iam pro eodem tempore concedimus alios fructus, qui a parte rei ſunt vnius integri anni.

43 Præterea Papinianus † in noſtro verſ. itaq; ut iam ſupra obiter tetigimus, propterea noluit, vt indiſtincte merces locationis a principio contracti matrimonij ſtatim concurreret cum fructibus vindemiæ, ſed tantum ex die locationis, quia cum ſint fructus diuerſorum annorum, vt apparet in veritate: quantum potuit, eoſdem fructus ſeparauit, & diuerſum annum reſpectu alterutrorum conſtituit, dum reſpectu fructuum vindemiæ, & mercedis annus difformiter deſinit. Ergo in terminis, in quibus agimus de vtraque vindemia à marito non lucranda (cum interim in eodem anno vtraque percipi nequeat) magis mentem Papiniani conſeruamus, itidem, & vtramque vindemiam ad ſuum annum ſeparatum referimus, ſicut à parte rei erat.

Rurſus naturalis æquitas ſuadet, vt quemadmodum fructus illi primæ vindemiæ, qui à marito ſtatim percipiuntur, in veritate erant accepto ferendi anno præcedenti, in quo curati fuerant: & nihilominus referuntur ad illum annum, qui quoad matrimonium incipit: ita eadem etiam euincit, vt ſecunda
44 vindemia ad ſecundum † annum referatur, quæ naturalis æquitas tamdiu obtinet, quamdiu ius non refragatur: & ob id Iuris conſulti aliquando, & interpretes ex æquitate naturali multa decidere, vt colligitur ex l. quamuis, ff. de in ius vocando: vbi notat Zazius, & ex l. ſcire, 13. §. ſufficit, ff. de excuſationibus tutorum tradit Baldus in Auth. Ingreſſi, C. de Epiſcopis, & cler. late per Decium in l. illam, nu. 6. C. de collationibus, vbi latius eius Addition. & ob id Andreas de Iſernia in proœmio feudorum inquit rationabile dictum non minus debere mouere iudicem, quam legem ſcriptam: conſtat autem ius non refragari in propoſitis terminis, ſed tantum reſpectu mercedis medio illius primi anni tempore reſultantis, propter rationem, quæ in ipſa verſatur de qua ſupra egimus: ergo, &c.

Tandem ſi ſecunda vindemia in ſequentē annum vergat, iuxta ſupradicta, nulla iniqua diuiſio ſuccedet, ſed æqualis ſemper, & proportionata: per contrarium tamen eueniet, ſi ſecunda ſententia, de qua ſupra, ſeruaretur, vt contra illam iam expendimus.

Quibus præhabitis, mihi in propoſita quæſtione illa arridet pars, quæ negat, quia in hoc caſu duplex illa vindemia diuerſorum annorum conſideratur, vt a parte rei eſt.

Nec quidquam euincit, quod contra illam obiecimus, quaſi nulla appareat diuerſitatis ratio inter concurſum fructuum naturalium

Digitized by Google

cum ciuilibus, vel cum naturalibus: & de ciuilibus habeamus noſtrum verſiculũ, itaque, qui eos cum naturalibus coniungit. Reſpon-
45 demus enim, qđ † licet datis paribus terminis nulla inter fructus naturales, & ciuiles differentia conſideretur, nec etiam quoad præſens intentum, aptitudo tamen terminorum in concurſu naturalium cum naturalibus omnino deficit; etenim ciuiles, de quibus hic, cũ ex conuentione partiũ proficiſcantur, non attenta operatione naturæ, ſequitur ſimul poſſe percipi iuris cenſura in eodem anno, quo naturales, ſi verbi gratia, interim locatio fiat, iuxta ſupra dicta; non ita de naturalibus (quando fundus bis in anno non fert), quia in eodem anno bis percipi nequeunt. & ſecundum hæc intelligo noſtrum verſ. itaque, ſolum procedere in concurſu naturalium cum ciuilibus fructibus.

Denique reſponſio, quæ ſupra præſtabatur fundamento huius, ſententiæ, iam elidi-tur ex ijs, quæ præfati ſumus: nec enim vtraque vindemia fructus vnius anni conſiderari poteſt, vt comprobauimus. Quod autem diximus maritum non poſſe lucrari duas vindemias, non ſolum intellige, quando 13. menſibus vtramque percipit: verum etiam, licet intra 12. menſes vtramque percipiat præmaturiſcentibus fructibus: nam à nobis ſupra adductæ rationes etiam in his terminis procedut, quidquid dicat Barthol. Socinus. hic nu. 3.

46 Quarto, & † vltimo infertur ad illam quæſtionem, vtrum in terminis noſtri verſ. itaque, ſi maritus fundum non locauerit, ſed potius ſibi colendum, & fruendum retinuerit, & ante perceptam ſecundam vindemiam diuertat, aliqua portio fructuum colligendo ad illum pertineat?

In qua quæſtione negatiue reſpondent Paulus hic, numero decimo, Immol. in principio. columna penult. Cuman. columna prima, ad fin. Vincentius columna decima quarta, Alexand. numero vltimo, Pontanus, numero vigeſimo quarto, eo ducti fundamento, quia ad effectum vt in ſpecie noſtri verſiculi itaque, maritus cum primis fructibus vindemiæ alios lucretur, opus eſt, vt illos percipiat, aut vere, aut ficte, quorum neutrum euenit in terminis propoſitæ quæſtionis. ergo, &c.

In contrarium inſurgit Duarenus hic, & Cuiac. libro decimo quarto, obſer. capite vigeſimo ſecundo, ad finem. & mouentur ex textu in l. vnica, §. cumque, verſiculo, ſed & nouiſſimi. C. rei vxoriæ actione, cum ſimilibus. vbi ſoluto matrimonio fit partitio fructuum pendentium. ergo in propoſito idem dicendum videtur.

Inſignis Barboſa hic, dicta parte prima, numero vigeſimo primo, prædictas contrarias ſententias in concordiam nititur redigere: inquitq;, quod vel fructus ſecundæ vindemiæ ſunt iam producti in rerum naturam; & comparent in tellure, tempore, quo diuortium fit: vel adhuc non ſunt producti in rerum naturam; ſi primo modo, ab eo tempore incipiunt venire, quo producti ſunt: & ſic procedat ſecunda ſententia; ſi vero ſecundo modo ſumantur, tunc nequaquam veniunt; & ita procedat prima opinio.

47 Verum hæc conciliatio non poteſt ſuſtineri; in primis, quia ſupponit in terminis noſtri verſiculi, itaque, ſufficere fructus comparere in tellure, & aliqualiter in rerum naturam eſſe productos; ad effectum vt ab eo tempore incipiant cedere lucro mariti, & nos iam ſupra oſtendimus, neceſſarium eſſe, vt ſint percepti, quod etiam requirunt primæ opinionis defenſores.

Deinde, ſi ab eo tempore, quo iam incipiunt comparere in tellure, venirent in partitionem, ſequeretur illa iniqua, & improportionata diuiſio, quam in præcedenti quæſtione contra eundem Berboſam expendimus.

Vnde expleſa hac conciliatione, quod ad quæſtionem attinet, primam ſententiam amplector, putoque nequaquam fructus illos iure maritali in tributum venire incipere, antequam percipiantur; idque à fortiori conuincitur ex à me dictis in præcedenti quæſtione. Si enim ſecundam vindemiam iam collectam maritus non lucratur, niſi reſpectu illius temporis, & deinceps, à quo eam collegit, cum ſecundi anni ſit: à fortiori illa, quæ collecta non eſt, in partitionem non veniet.

Dixi, iure maritali, quia hic non ago de alia deductione ratione ſcilicet exſpenſarum, ſi quæ factæ ſunt ad culturam fundi, vt inde fructus efferantur.

48 Ex dictis † iam corruit ſecunda illa ſentẽtia, Duareni nimirum, & Cuiatij. Nec pro illis quidquam facit dictus §. cumque, verſiculo ſed & nouiſſimi, cum ſimilibus: quia generaliter loquitur, & debet declarari ex ſupra dictis, ne procedat, quando in eodem anno iam non ſunt collecti alij fructus, qui alias vere vnius integri anni ſunt: nam tunc ratio, ob quam in dicto verſiculo, ſed & nouiſſimi, pro rata temporis fit diuiſio, in his terminis ceſſat, quippe iam fructus exiſtunt diuidendi, qui illius anni cenſentur, iuxta ſupra dicta: reliqui vero ſecundum noſtram ſententiam ſunt anni ſequentis, vt etiam prędiximus.

Dixi

49 Dixi qui aliàs vere † vnius integri anni ſunt ad excludendam obiectionem ex §. è contrario, verſ. item ſi meſſes. infra hac noſtra l. vbi fructus pendentes veniunt in partitionem, quando in eodem anno alij etiam colliguntur, id etenim prouenit, quia vtrique ſimul iuncti, & in veritate ſunt vnius eiuſdemque anni, vt iam ſupra oſtendimus.

S V M M A R I V M.

Late agitur de interpretatione §. pater, Inſt. de teſtamentis, & l. pater, ff. de teſtibus a nu. 1. per totum.
Quam concluſionem ab illis deducunt Doctores. ibid.
Quam nos deducimus nu. 2.
An §. pater, differat in aliquo a dicta l. pater.
Quando agitur de acquirendo alicui, nullus, qui in eius poteſtate eſt, teſtis eſſe poteſt. n. 4.
Numeralia verba ſunt taxatiua, & ſuapte natura reſtringunt. n. 5.
Explicatur eleganter l. ad teſtium. 22. in princip. ff. de teſtamentis nu. 6. vbi agitur de reſtituenda lectione Florentina. vide etiam n. 19.
In noſtro §. pater, & in dicta l. pater. duo caſus exprimuntur. n. 7.
Fratres, eſt verbum relatiuum ad fratrem. n. 8.
Quid ſit relatiuum in iure, & an poſſit reſpicere plura diuerſa, ibidem.
Reprobata Mhynſingery, & aliorum ſententia exiſtimantium poſſe ex vna familia ſeptenarium teſtium numerum in teſtamento requiſitum, repleri. num. 9.
Licet vnuſquiſque ex eadem familia ſit capax teſtimonij ferendi, concurſus tamen reprobatur. nu. 10. & 14. & 17. & de ratione. nu. 27. verſ. in quæſtione.
Circa teſtimonia ferenda proponitur edictum prohibitorium. nu. 11.
Explicata l. idonei 6. ff. de teſtibus. n. 12.
Explicata l. 1. verſ. 1. ff. de teſtibus. nu. 13.
Difficilius inhabilitantur ſingulares perſonæ, quam cõcurſus plurium eiuſdem qualitatis. v. g. eiuſdem familiæ. nu. 15.
Dictio, vterque, eſt copulatiua. nu. 16. aliquando tamen disiungit. ibidem.
Concurſus patris ſimul, & filij in poteſtate; vel duorum fratrum in poteſtate eiuſdem patris, admittitur contra rigorem iuris in teſtamento recipitur n. 17. & 27. verſ. in hac quæſtione.
Pater cum pluribus filijs emancipatis poteſt eſſe teſtis in teſtamento. nu. 18.
Idem de filijs naturalibus intellige. ibidem.
Declara tamen in vtriſque. nu. 19.
Emancipatio non tollit affectionem naturalem, & effectus inde reſultantes. ibidem.
Noſter §. pater. habet locum in foro Canonico, & vbique, niſi in contrarium ſtet conſuetudo ſolenniter roborata. nu. 20.
Procedit etiam in filijs adoptiuis, & arrogatis. num. 21.
Procedit etiam in nepotibus in poteſtate retentis. num. 22.
Declaratur, vt etiam procedere poſſit in nepotibus apud Luſitanos, vbi aliàs regulariter nepotes extra poteſtatem auitam naſcuntur. nu. 23.
Procedit etiam in liberis hominibus ab hoſtibus redemptis. nu. 24.
Redempti ab hoſtibus interim dum pretium non ſoluunt, ſunt in poteſtate redemptoris. n. 25.
Et hæc poteſtas magis uergit in patriam, quam in dominicam. ibidem.
Liberi homines ab hoſtibus redempti ſerui non ſunt, & illis poteſt legari, etiam antequam pretium ſoluant. nu. 26.
Vtrum in alijs negotijs, extra teſtamentum, poſſint ex vna familia plures, quam duo in teſtimonium adhiberi. nu. 27.
Sub diſtinctione non inelEganter reſolues. nu. 28.
Explicatur § legatarijs verſ. & multo magis, Inſtit. de teſtamentis ordin. nu. 29.
Explicatur. ordinatio Luſitana lib. 4. tit. 85. §. 1. verſ. vltimo nu. 30.

C A P V T III.

Ad Iuſtinianum, in §. Pater, Inſtit. de teſtam. ordinand.

SCribit Cæſar. *Pater, nec non is, qui in poteſtate eius eſt: item duo fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt: vtrique teſtes in vno teſtamento fieri poſſunt, quia nihil nocet ex vna domo plures teſtes alieno negocio adhiberi.*

1 Doctores communiter † deducunt ex hoc textu, & ex l. pater, 17. ff. de teſtibus, patrem cum filijs ſuis in poteſtate, poſſe eſſe teſtem in vno eodemque teſtamento: adeo, vt ſeptenarius teſtium numerus, qui in teſtamentis requiritur, §. ſed cum paulatim, Inſt. hoc titulo, ex vna familia repleri poſſit. Quæ quidem concluſio turmatim, nullo in contrarium muſſitante, vel aliqualiter vacillante ab omnibus recepta eſt.

2 Ceterũ † ego prædictorum, & ſimilium iurium verba, & mentem perſcrutans, in hoc

ſubſiſtendum duxi, & conſtanter aſſero, ad teſtamentum ex vna familia non niſi duos ſimul, & duntaxat teſtes adhiberi poſſe: vel patrem cum filio in poteſtate: vel duos fratres, qui ſunt in eiuſdem patris poteſtate conſtituti. Illudque etiam ſecure teneo in propoſito §. pater, cum ſimilibus, non ſolum prædictorum teſtium pluralitatem recipi, ſed & numerum taxari.

3 Et in primis† pro hac non minus exquiſita, quã Reip. vtiliſſima ſententia, aduerto noſtrũ §. pater. ibi, *necnon is, qui in poteſtate eius eſt*, &c. ſecundum fontem, à quo traductus eſt in dicta l. pater (vbi eadem verba ſcribuntur, eo tantum adiecto, quod non ſolum in teſtamento, ſed etiam in quouis negotio expreſſim loquatur) intelligi de filio vt patet in dicta l. pater, ibi: *pater, & filius qui in poteſtate eius eſt*, &c. Quo forſan loquẽdi modo Imperator vſus eſt in præſenti, ne vel mentione filij cenſeretur nepos excluſus, vel liber homo ab hoſtibus redemptus, interim dum pretium non ſoluit, ad quæ etiam poteſtatis verbum extenditur, l. qui teſtamento 20. §. 1. ff. de teſtamentis, & aliàs adhiberi poſſe in teſtimonium cum redemptore, in propoſitis terminis infra oſtendetur.

4 Aduerto tandem, † quod quando agimus de recipiendo patre cum filio in teſtem, vel duobus fratribus eiuſdem familię; nequaquam id intelligere, quando agitur de acquirendo ei, in cuius ſunt poteſtate. exprimit Vlp. in dicta l. qui teſtamento, §. quæ autem, ibi: *vbi aliquid negotij geritur, per quod acquiratur*, &c. vbi gloſſa verbo diximus, & Doctores.

Quibus præhabitis noſtram opinionem, ſeu potius puris veritatem hucuſq; abditã in Democriti puteo, ſequentibus fundamentis ſtabi-
5 lio; primò† quia noſter §. pater, & dicta l. pater, loquuntur per verba denotantia duos tantum, vt patet ibi: *pater necnon is, qui in poteſtate eius eſt*, &c. *pater & filius, qui in poteſtate eius eſt*, &c. & ibi: *item duo fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt*, &c. verba autem numeralia taxatiua ſunt, & ſuapte natura reſtringunt: ne numeri adiectio in legibus ſuperfluat.

6 Deinde in† eandem ſentẽtiam adduco Vlp. in l. ad teſtium, 22. in principio, ff. de teſtamentis. vbi ſecundum ſynceritatem Pandectarum Florentinarum ita ſcribit: *ad teſtium numerum ſimul adhiberi poſſumus, vt ego, & pater: & plures, qui fuimus in eiuſdem poteſtate*, &c. Quæ Vlpiani verba (conſideratis ijs, quæ ipſemet protulerat in dicta l. pater, cuius autorem eſſe ex inſcriptione apparet) miram inuoluunt emphaſim: nam agens de numero teſtium, qui ex vna familia vocari poſſunt ad teſtamentũ, regulam proponit, ſcilicet patrem, & filium in eiuſdem poteſtate teſtes adhiberi poſſe. Vt quid igitur hic, & in ceteris iuribus, quæ de eodem loquuntur, mentio tantum fit patris, & filij, & ita duorum dumtaxat, niſi ad denotandum, & taxandum numerum teſtium, qui ex vna familia adhiberi poteſt, ne exeat binariũ. Quod vt clarius oſtendat Vlp. dum plures filios vocat, declarat eos eſſe debere, qui fuerunt, ſed iam non ſunt in poteſtate, vt patet ibi: *& plures, qui fuimus in eiuſdem poteſtate*, & ita concludit patrem cum vno tantum filio in poteſtate, poſſe eſſe teſtem in teſtamento, cum emancipatis verò numerum non reſtrinxit.

Vnde explodenda venit vulgaris litera dictæ l. ad teſtium, quæ habet. *& plures, qui ſumus in eiuſdem poteſtate*: nam id ex annotatione alicuius deſidis interpretis (vt in propoſito omnes fuere) in textum obrepſit, & ſatis colligitur, etenim Vlpianus non reſpondendo, ſed docendo, & definiendo procedit (cum ſcribat ad edictum lib. 39.) & conſequenter ſi putaret patrem cum pluribus, quã vno filio in poteſtate poſſe adhiberi teſtem, non diceret, *vt ego, & pater & plures, qui ſumus in eiuſdem poteſtate*, &c. ſed potius, breuius, ac planius diceret *vt nos, & pater*.

7 Rurſus† noſter §. pater, & d. l. pater, duos caſus expreſſere. primũ ſtatim in principio; ſecundum in verſ. itẽ duo fratres. alioquin ſi vnũ caſum continuatiue proferrent; improprie ſane, & contra verum loquendi ordinem docerent Imperator, & I. conſultus, etenim ſi vellent dicere patrem cum pluribus filijs in poteſtate teſtimonium perhibere poſſe, ita ſcriberent *pater, & filij, qui in eius poteſtate ſunt*, non vero, *pater & filius, qui in eius poteſtate eſt, item duo fratres*.

8 Accedit, † quod in verſ. item duo fratres, loquuntur per verbum, *frater*, quod eſt relatiuum ad fratrem, vel fratres; non uero ad patrem: ſicut verbum filius eſt relatiuum ad patrem, ut per Decium in lege eiuſqui, in principio, num. 9. ff. ſi certum petatur, de vtroque tradit Ioannes Thomas Frigius. lib. 1. de logica Iuriſconſultorum, cap. 14. de relatis. Relatiuum autem vnum dumtaxat habet relationis ſuæ extremum, v. g. pater filium, vel filios, & è conuerſo; frater fratrem, vel fratres: nam relata ſunt contraria affirmantia, quorum alterum conſtat eſt mutua alterius affectione: contraria autem ſunt oppoſita, quorum vnum, vni tantum opponitur, vt eleganter tradit Frigius dicto cap. 14. in princip. & ita qui dicit patrem neceſſario, & dumtaxat

xat

rat ſupponit, & dicit filium, vel filios (niſi patrem pro iure dicamus, & ita per reſpectum ad dominium, quod in domo habet, vt inquit I.C. in l. pronunciatio. §. familiæ. verſ. pater. ff. de verb. ſignif.) idem in domino, vel fratre, reſpectu ſerui, vel fratris: vnde non dicimus, patrem quid facere cum pluribus fratribus, qui in eius ſunt poteſtate (cum agimus de concurſu patris, & filiorum) ſed tantum dicimus patrem cum filijs.

Quinimmo etſi contra rectam loquendi methodum, & verborum proprietatem iungeremus vtrumque caſum, adhuc reſultaret patrem cum vno filio, & amplius cum duobus filijs poſſe eſſe teſtem in teſtamento: quod tũc idem eſſet, ac dicere, patrem cum tribus filijs
9 poſſe teſtimonium perhibere. At † Doctores in præſenti ſecure aſſerunt patrem cum filijs in poteſtate poſſe implere ſeptenarium numerum in teſtamentis requiſitum, idque patitur Mynſingerus hic, leue putans: cũ ego non quaſi æquale abſurdum exiſtimem, ſed, vt quod maxime pernicioſum Reipublicę eſt: quoniam poſſet pater cum ſex liberis, quos in poteſtate habet, pro quolibet defuncto teſtato, vel inteſtato decedente, nouiſſime teſtari: adteſtans cui voluerit hæreditatem, cum quo fictitio, & ſuppoſititio hærede paciſceretur de familia erciſcunda: nam pater cum filijs in poteſtate (quibus imperat) faciliſſime de mendacio conſpirare poterat, vt agnoſcit Faber, Viglius, ac reliqui hic.

10 Tandem hanc ſententiam confirmo † nam Cæſar à §. teſtes autem, ſupra hoc tit. vbi regulam propoſuit de ijs, qui teſtes eſſe poterant in teſtamento, deinceps nihil aliud agit, quam excipere, & percurrere caſus, in quibus non poteſt teſtis adhiberi, vt videre licet. In latitudine autem propoſitæ regulæ comprehendebantur pater, & filij ſimul, quotquot eſſent, & ita indiſtincte teſtimonium perhibere poterant, quia cum vnoquolibet teſtamenti factio erat, nec excipiebantur in dicto §. teſtes autẽ, &, vt ſupponimus, eiãt alias puberes, ciues Romani, &c. ergo dum Imperator in noſtro §. pater. illorum facit mentionem, non eſt ad ſimpliciter admittendum in teſtes, id enim iã ineſſe videbatur ex vi præpoſitæ regulæ; ſed ad taxandum numerum, ne ſcilicet, binarium excederent, quia in concurſu tantum dabatur vitium.

Satisfaciamus nunc ijs, quæ in contrarium adduci poſſunt: nam in primis obſtat l. 1. verſ.
11 1. ff. de teſtibus. vbi † proponitur edictũ prohibitorum de teſtimonio ferendo: atq; ita omnes poſſunt teſtes adhiberi, quibus non eſt expreſſim prohibitum, vbi omnes notant. At nullibi conſtat patrem cum liberis, quotquot fuerint, prohiberi, ergo &c.

Verum huic obiectioni ſatisfit primò, ſi dicus ſatis prohiberi ex noſtro §. pater. & dicta l. pater, vt ſupra enucleauimus, ne pater, vel frater, cum plus quam vno filio, vel fratre in eiuſdem patris poteſtate conſtituto, teſtis adhibeatur, dum verbis binarium tantùm numerum oſtendentibus recipiuntur. Quæ quidem prohibitio fundari poteſt in regula Iuliani I.C.
12 in l. idonei. 6. ff. de teſtibus. † dum inquit, *Idonei non videntur eſſe teſtes, quibus imperari poteſt, vt teſtes fiant*, &c. nam licet hæc regula intelligatur de imperio producentis, vt inquit gloſſa ibi in principio, & Doctores: adhuc propter facilem ſubornationem, & conſpirationem plurium teſtium eiuſdem familiæ, hæres, qui dicitur teſtimonio prædictorum vocatus, interueniente patre teſtium ſubornato, ipſis à producente imperari poſſe videtur.

13 Vel melius reſpondeas, argumẽtum † dictæ l. 1. verſ. 1. ſolum euincere, vt pater, & filij quotquot fuerint, ſint habiles ad teſtimonium perhibendum in quacunq; cauſa: atq; ita poterit pater ex diſpoſitione dictæ l. 1. verſ. 1. cũ hoc, vel illo filio teſtis adhiberi in teſtamẽto. Quod autem non poſſit cum pluribus ſimul eiuſdem familiæ teſtificari diſpoſuit noſter §. pater, & dicta l. pater. & dicta l. ad teſtium, idq; non contra edictum de teſtibus (quia in nuperrime relatis iuribus nullus ex filijs ſeorſim prohibetur teſtimonium ferre) ſed præter edictũ: vt ſcilicet ſuppoſita habilitate filiorũ, cũ quouis tantùm pater, vel frater recipiatur in teſtimonium. & quamuis ex hoc ſequatur reiectio reliquorum eiuſdem familiæ, attamen hoc non prouenit ex interdictione aliqua legali illis impoſita, ſed potius ex euentu, quia ſcilicet iſte, & non ille, vel illi vocati ſunt ad teſtimonium.

14 Secundum † quæ breuiter reſoluendum eſt in noſtro §. pater, & ſimilibus, non inhabiles reddi perſonas eorum, qui ſunt eiuſdem familiæ, ſed tantùm taxari numerum, ſuppoſita eorum habilitate: at ex generalitate dictæ l. 1. verſ. 1. quemlibet ex eadem familia teſtem habilem reputari, dum illi non interdicitur, ſicut nullibi interdictum eſt: verum circa numerum nihil ibidem omnino diſponi: non enim dicta l. 1. verſ. 1. hunc, vel illum numerum teſtium, ſiue ex eadem, ſiue ex diuerſa familia habilem reddidit ad hunc, vel illum caſum; nam hoc ex alijs regulis petendum eſt, nimirum ex regula l. vbi numerus, ff. de teſtibus, vbi dicitur eum teſtium numerum requiri, quem lex adijcit, aliàs ſufficere binarium. Quæ regula ſicut intelligitur de quantitate diſcreta, vt v. g. ſint tres, vel quinque,

ſeptem, aut octo lege diſponenre; ita poteſt intelligi de qualitate, vt ſcilicet ex vna domo, ſiue familia ex legis diſpoſitione vnus tantum, vel duo producantur, vt conſtituit noſter §. pater, cum ſimilibus.

Accedit, quod numerus teſtium arbitrio iudicantis aliquando relinquitur, vt inquit Calliſtratus I.c. in lege 3. §. 1. verſ. eiuſdem, ibi: *aliàs numerus teſtium*. ff. de teſtibus: vnde licet
15 non ita † facile contra diſpoſitionem dictæ l. 1. verſ. 1. poſſit quis inhabilis reddi ad teſtimonium perhibendum: facile tamen numerus reſpectu eiuſdem qualitatis inhabilitari poteſt, ne occaſione ipſius ſupprimatur veritas, aut falſitas inducatur, vt diſponitur in noſtro §. pater, & quamuis alias leges generaliter deferrent prudentiæ iudicum numerum teſtiũ, tam quoad quantitatem, quam quod qualitatem, dicta l. 3. §. 1. verſ. eiuſdem: attamen circa hanc qualitatem, quod ſint eiuſdem familiæ, tam in teſtamentis, quam in alijs negotijs teſtium numerum ſpecialiter coarctarunt noſter §. pater, & dicta l. pater, idque propter incommoda, de quibus ſupra. quod tamen intellige ex dicendis.

Deinde contra noſtrã ſententiam ponderari poſſunt verba noſtri textus, ibi: *item duo fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, &c.* quaſi illos duos fratres cõſtituat ſub eius patris poteſtate, de quo Cęſar in principio locutus fuerat, & omnes copulet in concurſu. Reſpondetur enim, quod licet de eodem patre intelligeretur, nihilominus tamen ex ſupradictis non copulatiue, ſed diſcretiue, ac ſeorſim accipi debet, nimirum, vt vel pater, & filius teſtis eſſe poſſint, vel duo fratres ſub eiuſdem patris poteſtate: ita vt neuter concurſus numerum binarium excedat.

16 Perpendi etiam poſſunt † illa verba, ibi: *vtrique teſtes in vno teſtamento fieri poſſunt, &c.* quibus copulari videntur enumeratæ perſonæ: nam dictio illa, vtrique, copulatiua eſt, vt etiam ſuadet textus in l. is qui hæres. 13. §. vlt. ff. de acquirenda hæred. dum inquit, *neq; filiusfam. repudiando ſine patre, neque pater ſine filio alteri nocet: vtrique autem poſſunt repudiare*, hoc eſt, ſimul, & alijs iuribus probat Decius, in l. cum quidam, n. 3. C. de impuberum, &c. Satisfit enim, ſi aduertas dictionem illam, vtriq; copulantem quidem eſſe, vt in dicta l. is qui §. vlt. & in noſtro §. pater, etiam copulare, ſed tamen propter ſubiectam materiam, id efficit alternatiue, ſcilicet vel pater cum filio, vel frater cum fratre teſtis eſſe poteſt, vt alias in eadem dictione probat l. vlt. §. ipſum autem, & ibi gloſſa, verbo, ex vtraq; C. de bonis quæ liberis, &c. vbi gloſſa plura ſimilia congerit. & ſi apud 17. C. de appellationibus, & ibi gloſſa prima. idem tradit Decius plura iura, & Doctores congerando in d. l. cum quidam, n. 3. Vel etiam intellige copulare quidem prędictas perſonas, nimirum patrem, filium, &c. duos fratres ſimul, non quidem in actuali concurſu, ſed in habilitate teſtimonij ferendi: quaſi dicat Cæſar, tam pater cum filio, quam frater cum fratre, teſtes in teſtamento fieri poſſunt, hoc eſt, omnes ſunt habiles ad teſtificandum. an autem pluſquam duo ſimul ex eadem familia produci poſſint, id ex alia parte eiuſdem textus deducitur, vt ſupra oſtendimus.

Tandem obijci poſſunt vltima verba, ibi: *quia nihil nocet ex vna domo plures teſtes alieno negocio adhiberi*, quibus generaliter conceditur concurſus plurium ex eadem familia. Verum vltra quam quod pluralis iſta elocutio duorum numero ſit contenta, l. vbi numerus, ff. de teſtibus, & ita nihil concludat, cum adſint prædicta in contrarium argumenta: vlterius ad-
17 uerto, † ſi verum amamus, præfata verba non eſſe prolata ad concedendum vagum concurſum; ſed potius ad iuſtificandum illum, in quo pater, & filius, vel duo fratres vnius eiuſdemque familiæ teſtes adhibentur; quaſi adhuc perquam durum eſſet, horum ita concurrentium teſtimonium recipere: attamen quia alij teſtes ad teſtamentum, vel quoduis aliud negocium requiruntur, propterea inquit Cæſar, nihil nocere ſi plures, quam vnus ex eadẽ familia teſtes alieno negocio adhibeantur; ita tamen ne binarium numerum excedant, vt prædixerat; & ſatis innuit in præſenti, & l. c. in dicta l. pater, ibi: *teſtes fieri poſſunt, &c.* quaſi dicant, duo ex vna familia, quidquid iuris auctoritas refragari videatur, teſtes adhiberi poſſunt. Rationem autem, cur ius repugnat, colliges ex infra dicendis.

Conſtituta igitur noſtra ſententia, quæ aſſerit ex vna domo, & familia (quod in præſenti patriam poteſtatem denotat, vt vltra Theophilum hic, vulgo tenetur) duos tantum in teſtamento teſtes adhiberi poſſe. Infertur pri-
18 mo, † patrem cum filijs emancipatis, quotquot fuerint, teſtimonium ferre poſſe. Ratio eſt manifeſta: quia filius emancipatus, cum iam exuerit ex ſacris paternis, id eſt, familia patris, in ſuamque tranſeat, l. vlt. ff. de capite minutis, iam pater non habet in ipſum ius, nec imperium, quod aliàs inualidabat teſtimonium, l. idonei, 6. ff. de teſtibus, vt ſupra expendimus: immò nec filius emancipatus iuſſus a patre illicitè, obedire tenetur, vt innuit aliàs Paulus I. c. in l. filius emancipatus, 13. ff. ad legẽ Corneliam de falſis: vnde nihil mirũ, quod filij emancipati poſſint plures concurrere cum patre ad teſtimonium ferendum, §. expreſſit Vlp. in dicta l. ad teſtium, ff. de teſtamentis,

mentis, ſecundum literam Florentinam, ibi. *& plures, qui fuimus in eiuſdem poteſtate, &c.* clare innuunt Cæſar hic, & ſic in dicta l. pater, vbi ſemper meminere patriæ poteſtatis quando duos tantum admittunt: Hanc illationem ſub intellige etiam procedere in filijs naturalibus, qui in poteſtate parentum non ſunt. §. vlt. Inſt. de nuptijs à princ. tũ Inſt. de patria poteſtate, qui tanquam emancipati, & vel cum fratribus, vel cum patre, teſtes adhiberi poſſunt.

19 Illud † tamen circa emancipatos adhuc notandum cenſeo, vt ſi ex multitudine ipſorũ, iudici ſuſpectum reddatur teſtimonium, quãuis de ſeueritate iuris non ſit improbatum, arbitrio tamen iudicantis ſubijcietur, vt iuſtis de cauſis motus illud poſſet excludere, argumento l. 3. §. 1. verſ. eiuſdem, ff. de teſtibus. nam emancipatio, licet extraneum quodammodo effecerit, §. ceteris, Inſt. de hæredum qualitate & diff. ex ratione §. vltimi, Inſt. de legitima agnatorum tutela, non proinde tamen tollere potuit naturalia ſanguinis vincula, & conſequentur affectionis incitamenta, l. iura ſanguenis, ff. de regulis iuris. Vnde timor conſpirationis, ſi alia concurrant adminicula non ceſſat. Et ſanè, ſi ſeptenarius numerus teſtium ad teſtamentum requiſitus ex filijs emancipatis repleretur, eo ipſo certe dubitarem de vltimo elogio taliter firmato executioni mandando. Nec Vlp. in dicta l. ad teſtium, dum plures emancipatos admittit, aliquid concludit contra ſupra poſitam explicationem, ſimpliciter enim inquit in teſtamento poſſet recipi concurſum plurium filiorum emãcipatorũ, ita, ut non reſtringantur ad numerum binarium non tamen declarauit ex illis poſſet impleri, vel quaſi impleri integrum numerum aliàs requiſitum ad teſtamentum, id ſcilicet arbitrio iudicis committens. Hanc etiam declarationem extende ad filios naturales, quos affectionis naturæ ratio non deſerit.

20 Deinde infertur, noſtrum §. pater, ita genuine interpretatum † habere etiam locum in foro Canonico, cum contrarium deciſum non appareat: & ita ſuccedit regula cap. 1. de operis noui nunciatione. Immo, etſi in contrarium conſuetudo actibus requiſitis interuenientibus roborata non ſit, de quibus gloſſa, & Doctores, in l. 2. C. quæ ſit longa conſuetudo, & in l. de quibus, ff. de legibus, ita debet ſemper, & vbique obſeruari.

21 Infertur tertiò, noſtrum † textum vt ſupra explicatum, procedere etiam in filio arrogato, vel etiam adoptiuo, in terminis in quibus tranſit in poteſtatem patris adoptiui, de quibus tradit originaliter Iuſtinianus in l. cum in adoptiuis, C. de adoptionibus: nam in omnibus iſtis ſpeciebus verificãtur verba noſtri textu, ibi: *necnon is in poteſtate, &c.* militat eadem ratio, tam reſpectu vnitatis perſonarum, quam affectionis, imperij, ac obedientiæ ex viribus patriæ poteſtatis reſultantium, & ob id adoptiuum patrem in ius ſine venia vocare non licebat, l. adoptiuum, ff. de in ius vocando. Ordinatio Luſitana, lib. 3. tit. 4. §. 1. Poterit itaque pater arrogator cum vno ex filijs arrogatis teſtis adhiberi; vel duo fratres arrogati; & non plures ſimul; ſecundum ea, quæ de naturalibus in poteſtate diximus.

22 Infertur quarto, † non ſolum habere locũ in filijs, ſed etiam in nepotibus in poteſtate, auus enim non niſi cum vno nepote, vel duo tantum nepotes ſub eiuſdem aui poteſtate, teſtes adhiberi poterunt in teſtamento; idque ſentit Cæſar in noſtro §. pater, ibi: *necnon is, qui poteſtate eius eſt, &c.* vbi non expreſſit gradum, ſed tantum poteſtatem, quæ in quouis gradu deſcendentium obtinet.

Quæ interpretatio ceſſat in Regno Portugalliæ, quia nepos extra poteſtatem auitam naſcitur: eius enim pater per nuptias legitimas liberatur à iure patriæ poteſtatis, Ordinatio Lu-
23 ſitana lib. 1. tit. 87. §. 7. niſi prædictam † illationem intelligas in nepotibus ex filio arrogato; hi enim etiam illo iure in poteſtatem aui cadunt, ſicut de iure communi, l. ſi paterfamil. 15. ff. de adoptionibus, §. illud proprium, Inſt. eodem tit. ex ratione l. ſic eueniet, ff. ad legem Iuliam de adulterijs; vel in nepotibus naturalibus plebei, ex patre quoque plebeio natis: nam cum hi in patris poteſtate aliàs ſint, vt innuit Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 92. de qua Coſta noſter, in cap. ſi pater, 1. p. verbo, ſi abſque liberis, n. 37. & verbo, abſque deductione, nu. 8. quidquid contra ſentiat inſignis Regius Senator, & in Conimbricenſi Academia Iuris ciuilis eximius, ac primarius profeſſor Aluarus Vallaſcus Luſitanus tomo primo Conſult. 94. Sequitur in aui poteſtate futuros, in qua eorum pater eſt, ex diſpoſitione l. ſic eueniet, vel ſi aptẽtur ſimiles termini, ſecundũ quos in poteſtate auita ſint nepotes, veluti adoptione, vel arrogatione, argumento l. iubemus, 6. §. vlt. C. de naturalibus liberis, in ſpecie l. 3. §. ſi quis filio, verſ. idemq; eſt, ff. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. in omnibus enim iſtis caſibus, nepotibus in poteſtate retentis apud Luſitanos etiam procedet noſter §. pater, ſecundum noſtram expoſitionem.

24 Infertur quinto; etiam † habere locum in liberis hominibus redemptis ab hoſtibus dum pretium redemptionis non ſoluunt: nam interim in poteſtate eſſe dicuntur, l. qui teſtamento, 20. §. 1. ff. de teſtamentis: vnde redemptor non niſi cum vno ex iſtis, vel duo tantum redempti poterunt ex vna familia in

teſtes

teſtes adhiberi in teſtamento extranei: hunc enim caſum etiam complectuntur verba illa noſtri §. pater ibi: *necnon is, qui in poteſtate eius eſt, &c.* vbi qualitas eius, qui in poteſtate eſt, non exprimitur: vnde debet intelligi ſecundum latitudinem poteſtatis, quæ hos etiam comprehendit, dicta l. qui teſtamento, §. 1.

Sed obſtat in primis huic illationi verbum illud, noſtri §. pater, ibi: *pater*, quod eſt relatiuum ad filios tantum, vt ſupra comprobauimus; at iſti redempti nequaquam loco filiorum cenſentur, ergo, &c.

Secundo obſtat, quia ipſi redempti, interim dum pretium non ſoluitur, quaſi ſerui exiſtimari debent; cum redemptores pretio tradito videantur ſubrogari in locum capientium, qui domini erant, l. 3. verſ. vlt. ff. de verborum ſignificat. ſeruorum autem teſtimonium in teſtamentis nullatenus recipitur, §. teſtes autem, ſupra, hoc titulo.

25 Verū primæ obiectioni reſpondetur, † verbum, *pater*, verè quidem non verificari in redemptore reſpectu eorum, qui redempti ſunt: attamen cum iſte dominus non ſit (ut ſtatim dicemus) & ſimul in poteſtate habeat redemptos, donec pretium ſoluant, dicta l. qui teſtamento, §. 1. iſta poteſtas magis in patriam, quam in dominicam vergit, quod innuit Vlp. in dicta l. qui teſtamento, §. 1. nam in principio dixerat, hæredem inſtitutū in aliquo teſtamento, non poſſe eſſe teſtem, nec eum, qui in eius poteſtate eſt, (vt colligitur ex §. quæ autem, infra eadem lege) & poſtea inquit: in poteſtate autem eſſe videntur redempti ab hoſtibus, donec pretium ſoluant. Supponit igitur eſſe aliis habiles ad teſtificandum: ſi enim ſerui erant, non indigerent excluſione. Vel ſi referas dictum §. 1. ad proxime præcedentia verba, ibi: *ſi in poteſtate ſit teſtatoris*, intelliges tunc excludi teſtimonium eorum, qui ab hoſtibus redimuntur, quando ſunt in poteſtate teſtatorum, & tamen ſi ſerui eſſent, non reſtringeretur textus ad poteſtatem teſtatorū, cuiuſcumque enim ſerui forent, teſtes eſſe non poterant, d. §. teſtes autem, Inſtit. de teſtamentis, l. filiusfamil. 16. ff. eodem titulo. ergo manifeſte ſequitur, eos quidem eſſe in poteſtate, & non dominica; potius igitur interim illorū pater, quam dominus redemptor dicendus eſt. & conſequenter textus noſter in illis debet obtinere quaſi verbum, pater, aliqualiter verificetur; cum etiam præſumptio inductionis, conſpirationis, & falſitatis ob pręmium plenę libertatis hic poſſit conſiderari; in qua præſumptione nititur ratio legis, quæ ſemper obſeruanda eſt, vbicumque viget, l. 1. & ibi gloſſa, verbo conſuetudinem, C. quæ ſit longa conſuetudo.

26 Ad ſecundum reſpondetur, † ab hoſtibus redemptos, etiam interim dum pretium non ſoluunt, in ſeruilem conditionem non detrudi, ſed liberos manere probat dicta l. qui teſtamento, §. 1. l. 2. ibi: *magis in cauſa pignoris conſtituti, quam in ſeruilem conditionē eſſe detruſi videntur, &c.* in l. vltima, ibi: *habituros incolumem (ſi in ea nati ſint) libertatem, &c.* C. de captiuis & poſtliminio reuerſ. & hinc eſt, quod tale ius poteſt iiſdem redemptis legari, l. Senatus, §. vlt. ff. de legatis lib. 1. alias legatum ſeruo proprio, inutile eſt; inſtant Doctores per textum ibi, *in l. ſi optio ſerui*, 13. ff. de optione legata, cum aliis.

27 Infertur ſextò reſolutio † ad illam quæſtionem: Vtrum deciſio noſtri §. pater, explicata vt ſupra, procedat in aliis negotiis vltra teſtamentum, hoc eſt, an in aliis ex vna familia non recipiantur plures teſtes, quam duo, v. g. filius, & pater, aut duo fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtituti, ſicut in teſtamento probauimus.

In hac quæſtione Vlpianus in d. l. pater, ff. de teſtibus, aperte teſtatur, in aliis quoque negotiis teſtes ex vna familia in binario numero recipi poſſe, vt patet ibi: *teſtes vtrique in eodem teſtamento, vel in eodem negotio fieri poſſunt, &c.* quibus verbis innuit, nonniſi duos adhiberi poſſe, idque adhuc, quaſi iuris rigor contra ingereretur, vt ſupra expendimus; Vel quia in tam coniunctis perſonis, idem velle, aut ratione affectionis, aut poteſtatis præſumitur; Vel quia ex diſpoſitione iuris in l. vltima, C. de impuberum & aliis, &c. horum teſtimonium propter identitatem perſonarum, quaſi vnius cenſetur, notat Viglius, in noſtro §. pater, num. 3.

28 Ego autem † in prædicta quæſtione diſtinguerem inter negotia quæ neceſſariò requirunt certum aliquem teſtium numerum, & ea, quæ non requirunt certum, aut ſolennem numerum.

In primo diſtinctionis membro. vltra duos, ad iuuandum certum illum teſtium numerū, ex vna familia adhiberi non poterunt, & hoc ſuadet Vlpiani mens, in d. l. pater, dum idem decidit in teſtamento, uel alio negotio, ibi: *teſtes vtrique in eodem teſtamento, vel eodem negotio fieri poſſunt, &c.* & cum conſtet teſtamentum certo teſtium numero indigere, aliqualiter innuit, ſe de negotiis agere, quæ certum teſtium numerum requirunt, vt in teſtamento requiritur.

In aliis vero negotiis, quæ certum numerum, aut ſolennem non expoſcunt, puto ex eadem familia quotoſquoſque recipi poſſe, cum ea tamen fide, quæ iudici viſa fuerit, iuxta l. 3. §. 1. ff. de teſtibus, ita tamen, ne regulariter

tale

25

tale negocium cum illo vnius familiæ teſtimonio terminatur; vnde, ſi negocium aliàs duorum teſtium numero dumtaxat egeret, vt generaliter euenit, quando aliud à lege non exprimitur, l. vbi numerus, & ibi Doctores, ff. de teſtibus, nequaquam reciperem patrem, & filium in poteſtate, vel duos fratres eiuſdem familiæ pro teſtibus, quaſi requiſito numero impleto; niſi iudiei de plena fide conſtiterit probatio enim arbitraria eſt, dicta l. 3. §. 1. verſ. tu magis, & verſ. eiuſdem, cum ſequentibus.

29 Infertur tandem † interpretatio ad §. legatarijs. infra hoc tit. de teſtam. ordin. ibi: *& multo magis ijs, qui in eorum poteſtate ſunt: vel qui eos habent in poteſtate, huiuſmodi licentiam damus*; vbi legatarijs permittitur, vt poſſint eſſe teſtes in eodem teſtamento, & multo magis ijs, qui ſunt in eorum poteſtate, &c. vt ſcilicet intelligatur ne ex familia legatarij, vltra duos teſtes excant: nam in his terminis a fortiori militant, quæ ſupradiximus circa explicationem noſtri §. pater; etenim poterunt plures filij in poteſtate (qui legitimum aliàs numerum implicant) conſpirare de ſubijciendo teſtamento alicui, qui inteſtatus deceſſit, vel quaſi poſterius nuncupatiue condiderit, aut ſimiliter: & conſequenter atteſtari eorum parenti, vel fratri ſub eiuſdem patris poteſtate conſtituto legatum eſſe in tali teſtamento, quantum ipſi maluerint: vnde prædicta verba, apte ſunt accipienda, ne ſcilicet vltra binarium numerum teſtes ex familia legatarij recipiantur in eo teſtamento.

30 Hinc deduces † vtilem, & elegantem declarationem ad Ordinat. Luſitanam, lib. 4. tit. 85. §. 1. in vltimis verbis, ibi: *E aſſi o poderano, ſer a quelles, que eſteuerẽ debaixo de ſeu poder.* id eſt; & ſimiliter teſtes eſſe poſſerunt, qui in eorũ ſunt poteſtate, vbi Ordinatio loquitur in terminis, de quibus egerat dictus §. legatarijs, in fine, vnde debet intelligi, ſecundum ea, quæ ad eundem notauimus, vt ſcilicet ex familia legatarij numquam producti teſtes ad teſtamentum, ex quo legatum relinquitur, excedant binarium numerum, cum ita reddatur conformior iuris principijs: aliter enim poſſent ſuboriri præfata incommoda, ſatis quieti reipub. & politico regimini pernicioſa.

SVMMARIVM.

Late agitur de intellectu & concordia l. Neſennius. 22. §. ſeruo, verſ. ſed & ſi, ff. ad legem Falcid. l. Iulianus, 26. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſt. a n. 1.

Domino, cui ſeruus proprius ſubſtituitur, conceditur arbitrium eligendi ex qua cauſa velit ſuccedere. a nu. 2. & nu. 16.

Noſtra l. Iulianus, in prima ſpecie ſolum procedit in patre, non verò in domino nu. 3.

In edicto, ſi quis omiſſa cauſa teſt. &c. quando præſtanda ſunt prima legata regulariter præferuntur ijs, quæ a ſecundo gradu vel cauſa dantur. num. 4. & 26.

Refertur, & roboratur conciliatio gloſſæ, & Doctorum circa præfata iura. nu. 5.

Reprobatur dicta conciliatio. n. 6.

In edicto ſi quis omiſſa, &c. omnino requiritur fraus. n. 7.

Qui idemmet inſtituitur, & ſubſtituitur, ex ſubſtitutione adiens, non incidit in edictum. nu. 8. cum ſequentibus, & omnino num. 12.

Qui inſtĕ omittit hæreditatem ex vna cauſa teſtamenti, & ex alia ſuccedit, non incidit in edictum. ibidem.

Explicatur l. quia autem, 6. §. planè, verſ. nam ſi incidit, ff. ſi quis omiſſa, &c. num. 9.

L. licet Imperator, 74. ff. de legatis, lib. 1. habet locum in vno eodẽq; inſtituto, & ſubſtituto. n. 10. in quibus terminis fit coturbatio omnium legatorum ex inſtitutione, & ſubſtitutione relictorum. num. 11.

Explicatur noſtra l. Iulianus, verſ. vlt. num. 13.

Cur in edicto, ſi quis omiſſa, &c. reſpectu inſtituti. qui eſt in poteſtate patris, vel domini, non conſideratur voluntas adeundi, ſed tantum impotentia, ſi pater, vel dominus aliàs vult ſuccedere ab inteſtato vide nu. 14.

Noſtra l. Iulianus, verſ. vlt. procedit tantum in filijs in poteſtate, contra Bartol. n. 15.

Siue domino inſtituto ſubſtituatur eius ſeruus, ſiue è contra, ſemper domino regulariter cenſetur conceſſum arbitrium ex qualibet cauſa ſuccedendi. a num. 16.

Regulariter non caret dolo, qui omittit propriam inſtitutionem, & alienam amplectitur. nu. 17.

Explicatur l. ſi cui ſeruus, 25. ibi: ſi ideirco fecit, &c. *ff. ſi quis omiſſa, &c. nu. 18.*

L. 1. §. prætermittere, ff. ſi quis omiſſa, &c. habet locum, quando dominus, vel pater ſuccedunt ab inteſtato, non uero ex ſubſtitutione. nu. 19.

L. 1. §. ſi proponatur, ff. hoc tit. etiam habet locum, quamuis in ſubſtitutione detur cohæres, vel alia legata ab eodem relinquantur. n. 20.

In dubio teſtator, qui ſcriptum hæredem etiam ab inteſtato onerat, non cenſetur permittere, vt poſſit omittere cauſam teſtamenti. n. 21.

Secus in vno, eodemque hærede inſtituto, & ſubſtituto, quamuis in ſubſtitutione alia legata relinquantur, num. 22. cum ſeq. vbi ratio differentiæ redditur.

Explicatur l. conficiuntur 8. ibi: quoniam creditur, &c. *ff. de iure codicill. n. 23.*

Explicatur l. ſi ab inſtituto, 11. ibi: poſſideant lege. *ff. ſi quis omiſſa, &c. ibidem.*

Proponitur caſus vbi in dubio cenſetur permiſſa poteſtas hæredi ſcripto, vt omiſſa cauſa teſtamenti, ſuccedat ab inteſtato, ſi aliàs poteſt. n. 24.

Explicatur noſtra l. Iulianus in prima ſpecie. n. 25.

Qua-

Quando inſtitutus dominus, cui ſeruus ſubſtituitur, incidit: in hoc edictum, & ab vtroque legata ſunt relicta, præferuntur prima legata à domino inſtituto data: quando vtraque excedunt dodrantem. num 27.

Seruus eſt inſtrumentum domini animatum. ibidem.

Explicatur l. cui ſeruus 25. ibi: & quam hæres eſt. *ff. ſi quis omiſſa, &c. ibidem.*

Explicatur dicta l. cui ſeruus, ibi: vtraque præſta- *bit, num. 28. cum præcedenti.*

L. quia autem, 6. §. plane, verſ. nam ſi incidit, ff. ſi quis omiſſa, &c. etiam habet locum in diuerſis perſonis, omittentis ſcilicet, & poſſidentis, ſi poſſidens fuit fraudis particeps. nu. 29.

Poſſeſſor hæreditatis, qui fraudem participauit, incidit in ſententiam edicti. ibidem.

Reprobata ſententia Placentini, & Petri veterum gloſſatorum. nu 30.

Explicatur l. 2. ff. ſi quis omiſſa, &c. n. 31.

Explicantur l. ſi non ſolus, 10. in fine principij, ff. ſi quis omiſſa, &c. & l. 1. verſ. vlt. C. eodem, & conciliantur cum l. 2. ff. eodem tit. à nu. 32.

Fortius delinquit, qui dat pecuniam ad fraudandum, quam qui accipit. n. 33.

Explicatur l. 3. ſi quis omiſſa, &c. n. 35.

Qui pretium accipit, vt omittat hæreditatem, aliqualiter illam poſſidere creditur iuris cenſura. ibidem.

Explicatur l. ſi eadem, 20. ff. ſi quis omiſſa, &c. num. 36.

Explicatur l. ſi eadem, 33. ff. de legatis, lib. primo. num. 37.

Explicatur l. ſi quis pecuniam, ff. ſi quis omiſſa, &c. num. 38.

Cur actio, quæ ex hoc edicto datur contra tertios hæreditatis poſſeſſores fraudis non participes, dicatur vtilis, ſiue ex ſententia edicti, aut Prætoris. vide late n. 39.

Reprobatur gloſſa dum putat actionem huius edicti ſemper eſſe vtilem ex teſtamento. nu. 40.

Reprobatur Bart. qui putat actionem huius edicti eſſe ſimpliciter Prætoriam. n. 41.

Frandolentus omiſſor hæreditatis (quando poſſeſſor non fuit particeps fraudis) tenetur omnino, directo, & in ſolidum, legatis ab ipſo relictis. num. 42.

Quod etiam intellige, quando omiſſor nullum lucrum ſentiat. ibidem.

Reprobatur Gloſſa, & Bart. n. 43 cum præcedenti.

Proponitur caſus in quo fraudulentus omiſſor non tenetur directo, nec in ſolidum, quamuis ſucceſſor fraudis particeps non ſit. ibidem. verſ. hoc autem.

Qui ſuccedit ſine fraude, nullatenus tenetur ad ea, quæ relicta erant à fraudulento omiſſore, à nu. 44. & ſi allegetur participatio doli, probari debet. ibidem.

Proponitur caſus, in quo ſuccedens ſine fraude teneatur etiam ad legata relicta à fraudulento omiſſore. ibidem. verſ. prædicta.

Explicatur dicta l. ſi quis pecuniarum, in verſ. vbi rogatis. nu. 45.

Explicatur dicta l. ſi non ſolum, ibi: nec enim aſpernari debet, &c. *nu. 46.*

Reprobatur gloſſæ ſententia. n. 47.

Explicatur l. ex qua perſona, ff. de regulis iuris. ibidem.

Explicatur l. apud Celſum, §. ſi quis autem, ff. de except. doli. n. 48.

Explicatur noſtra l. Iulianus, in prima ſpecie, à num. 49.

Aliquando pater, & filius in poteſtate cenſentur diuerſa perſona ad aliquot iuris effectus, ibidem.

Filiusfam. ex ſua perſona capax eſt, & acquirit, licet in patrem transferat. n. 50.

Cur in noſtra l. Iulianus, in prima ſpecie, actio, quæ contra patrẽ datur dicatur ex ſentẽtia edicti. n. 51.

Cur ibidem præferantur legata à filia ſubſtituta. num. 52.

Dicta l. quia autem, §. plane, verſ. nam ſi incidit, quando extenditur ad caſum, quo alius omittit, & alius poſſidet quomodo intelligi debeat. num. 53.

Cur in noſtra l. Iulianus, in prima ſpecie, pater non teneatur in ſolidum primis legatarijs ratione proprie fraudis. nu. 54.

Conciliatio noſtræ l. Iulianus, §. ſeruo, verſ. ſed & ſi cum dicta l. Iulianus, in prima ſpecie. nu. 55.

Eleganter limitatur noſtra l. Iulianus, in prima ſpecie. num. 56.

Explicatur noſtra l. Iulianus ibi: non enim caret dolo pater, &c. *n. 57.*

In edicto, ſi quis omiſſa, &c. ſemper quædam legata, aut fideicommiſſa alijs præferuntur: & regulariter priora poſterioribus. n. 58.

Explicatur dicta l. quia autem, §. plane, verſ. nam ſin vero non incidit, ff. ſi quis omiſſa, &c. n. 59.

An ex eo ſolo, quod teſtator repetat ab inteſtato fideicommiſſa, & alia ſubiungat, videatur permittere ſcripto, vt poſſit omittere ex teſtamento, & ſuccedere ab inteſtato? nu. 60.

Negatiue eſſe reſpondendum probatur nu. 61.

Qui omittit cauſam teſtamenti, & ab inteſtato poſſidet, in dubio præſumitur dolo id feciſſe. nu. 62.

Eandem quæſtionem, & reſolutionem intellige, quando in teſtamento apponitur clauſula codicillaris. nu. 63.

Explicatur dicta l. quia autem, §. plane, verſ. ſin vero non incidit, n. 64.

An edictum hoc, ſi quis omiſſa cauſa teſt. &c. maneat hodie incorrectum? & affirmamus. à n 65.

Auth. Hoc amplius, C. de fideicommiſſis, & corpus vnde ſumitur, intelligitur hæreditate adita. n. 66.

Auth. de hæredibus, & Falcidia. §. ſi vero expreſſim, collat. prima, procedit tantum in caſu, de quo loquitur. num. 67.

Quali-

Quælibet diminutio in parte debita à teſtatore facta, præſtat iuſtam cauſam omittendi hæreditatem ex teſtamento, quin offendatur edictum. num. 68.

Notatur iniuſta Bart. ſententia. nu. 69.

CAPVT IV.

Conciliatio ad Iulium Paul. lib. 17. quæſt. in l. Neſennius, 22. §. ſeruo, verſ. ſed etſi, ff. ad legem Falcid. & Æmilium Papinian. lib. 16. quæſt. in l. Iulianus, 26. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, &c.

1 INquit Paul. † *Sed etſi dominus omiſſa hæreditatis aditione, ſeruum ſibi ſubſtitutum adire iuſſit, prius erogantur, quæ ab ipſo domino data ſunt; tunc eorum, quæ a ſeruo relicta ſunt, ratio initur, ſi patitur Falcidia, &c.*

Immo, prius ineundam fore rationem eorum, quæ à ſeruo ſubſtituto, quam quæ à domino relicta ſunt, ſentit Papin. in d. l. Iulianus, verſ. ſed ſi, vbi ita inquit: *Iulianus ſcribit, qui filiam ſibi ſubſtitutam iuſſit adire hæreditatem, legata quæ ab ipſo data ſunt, ex ſententia edicti præſtaturum: quoniam filia patri ſubſtituitur in caſu, non vt arbitrium eligendi relinquatur. Sed ſi varia legata ſupra dodrantem data ſint, eorum prius rationem habendam, quæ à filia relicta ſunt,* &c. ergo a ſubſtituto data prius præſtari debent.

Vtraque deciſio, vltra quam quod inter ſe certent, peculiares patitur difficultates: nam contra Iulium Paul. facit l. 1. §. ſi proponatur, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. vbi inſtitutus, & ſubſtitutus ſimul, ſi hæreditatem prætermittit ex inſtitutione, amplectaturque ex ſubſtitutione, non incidit in edictum, & ſolum ex ſubſtitutione præſtabit legata, & fideicommiſſa, quaſi teſtator hanc ei dederit facultatem; qui eundem ſibi ſubſtituit; ergo ſimiliter
2 † domino, cui ſeruus proprius ſubſtituitur, conceſſum arbitrium eligendi videtur, num ex inſtitutione, aut ex ſubſtitutione velit adire: nam ſeruus ob id domino ſubſtituitur, ne cogatur dominus ſuo nomine adire; quod aliquando iuſtis de cauſis poterit contingere, ſi forte defunctus ſit abiecta perſona, vt generaliter docet Vlp. in l. quia autem, §. non ſimpliciter, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam.

Nec tunc obſtabit dicta l. Iulian. ibi: *quoniã filia patri ſubſtituitur in caſu, non ut arbitrium eligendi relinquatur,* &c. quia † procedit tantum
3 in terminis, de quibus loquitur, ſcilicet in patre, cui in caſu, quo prius decedat ſecundum votum parentum, vt inferius ait idem textus ibi: *quia contra uotum parentum*, &c. vbi eleganter explicat gloſſa, & l. ſcripto, verſ. vlt. ff. vnde libert. Vel aliter non poſſit hæres fieri, filia ſubſtituitur: perſona enim per ſe ſemper, & càpax conſideratur, ut infra latius oſtendetur. At in ſeruo ſubſtituto, cum eius reſpectu ceſſet votum domini prædecedere malentis; immo vitam ſeruorum reſpectu propriæ, dominus flocci pendat, potius debet conſiderari, vt arbitrium eligendi domino relinquatur, quam ſubſtitui in caſum a ceſſante ratione dictæ l. Iulianus, eo maximè, quia per ſe nunquam conſideratur, ſed mutuata capacitate domini, l. ſi mihi & tibi, 2. §. regula, ff. de legatis lib. 1. vnde magis dominus (cuius capacitas inſpicitur) quam ſeruus ſubſtituitur quoad hunc effectum: & ita quodammodo in eiuſdem perſona inſtitutio, & ſubſtitutio conſideratur, & conſequenter ceſſabat edictum, ſecundum dictam l. 1. §. ſi proponatur, licet quoad alios effectus multum interſit, an inſtitutio, vel ſubſtitutio fiat in ſeruo, aut in domino, ut conſtat ex l. qui liberis, 8. §. hæc verba, ff. de vulgari, l. qui hæredi, 44. ff. de conditionibus, & demonſtrat. vbi ratio redditur.

4 Contra Papinianum † vero inſurgit Vlp. in l. quia autem, 6. §. plane, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. ibi: *magis eſt, & ita diſtinguamus, multum intereſſe, vtrum incidit in edictum hæres an non: nam ſi incidit, præferendi erunt hi, quibus teſtamento relicta fuerunt quædam,* &c. ergo in dicta l. Iulianus, prius ineunda erat ratio eorum, quæ à patre relinquebantur, qui in edictum incidit; quam relictorum a filia ſubſtituta.

5 Accurtius †. verbo prius, in dicta l. Iulianus, & verbo, domino data, in dicto §. ſeruo, verſ. ſed etſi, ſecure putat in vtroque textu prius ſoluenda eſſe legata, quæ relicta ſunt ab eo, qui omiſit inſtitutionem, quam quæ a filio, vel ſeruo ſubſtituto: propterea autem in dicta l. Iulianus, hunc ordinem fuiſſe conuerſum, quia agebatur de Falcidia detrahenda ex eo, quoad dodrans non patiebatur integram præſtationem vtrorumque legatorum; & cum hac conciliatione alijs reprobatis, quæ nimiũ abſonæ ſunt, tranſit Bart. in dicto verſ. ſed etſi, & communiter Doctores.

Hanc concordiam innuere videtur textus in dicta l. Iulianus, ibi: *ſed ſi uaria legata*, &c. vbi ſeparato dodrante a legatis, prius ſit præ-

ſtatio

ſtatio relictorum à ſubſtituto, quam ab inſtituto. Deinde aliqualis ratio ſuadere videtur: nam de rigore illis tantum legata debebantur, quibus relinquebantur ab eo gradu, in quo verſatur hæreditas; non verò, quæ dabantur ab omiſſo, & deſerto, lege ſi quis omiſſa 17. ff. ſi quis, omiſſa cauſa teſtamen. lege quia autem, 6. §. ſi patronus, ſupra, eodem titulo, l. 2. verſ. vlt. C. eodem, ergo ſi ex æquitate huius edicti etiam prima legata ſoluenda ſunt, id debet intelligi ſine præiudicio eorum, quæ de rigore etiam præſtari debebant. & hæc forſan fuit Papiniani mens in dicta l. Iulianus, verſ. ſed ſi varia.

6 Verum hanc gloſſæ, & Doctorum † conciliationem eneruat omnino Vlp. in dicta lege quia autem, §. planè, ibi: *nam ſi incidit: præferendi erunt: ôt, quibus teſtamento relicta fuerunt quædam*, &c. vbi etiam quando patrimonium non patitur integram omnium legatorum, & fideicommiſſorum præſtationem, præferuntur illa prima, quæ ex edicto debentur, & quod patrimonium ſeparatū ſit, ſatis oſtendit mentio prælationis: perperam enim ageretur de præferendo, quando in concurſu omnibus ſatisfieri poterat. Idem etiam contra diſtinctionem ordinariorum euincit dictus verſ. ſed etſi, vbi expreſſim agitur de Falcidia detrahenda, & conſequenter de prælatione legatorum; & tamen inquit, prius eroganda fore, quæ à domino data ſunt.

7 Pro vera † igitur concordia, & huius edicti cognitione præmittendum eſt primo, in edicto ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, requiri omninò calliditatem & fraudem omittentis, probat l. 1. in princ. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *& eorū calliditate occurrit*, &c. & patet ex toto tit.

8 Vnde ab † hac regula excipitur ille, qui idemmet inſtituitur, & ſubſtituitur, eo enim ipſo videtur teſtator eidem facultatem dare omittendi hæreditatem ex inſtitutione, quo caſu ceſſat fraus omittentis, nec poteſt dici circumuenta voluntas defuncti; & ita expreſſit Vlp. in l. 1. §. ſi proponatur, ff. eodem titulo, & conſequenter, ſi vt inſtitutus omittat, tamquam ſubſtitutus non manebit obſtrictus legatis à ſeipſo, vt inſtituto relictis, expreſſit Vlp. in l. quia autem, 6. §. non ſimpliciter, ff. eodem. ibi: *Non ſimpliciter autem Prætor pollicitus eſt, ſe daturum actionem, ſed cauſa cognita: nam ſiue inuenerit teſtatorem huius rei auctorem eſſe, ipſumque permiſiſſe ab inteſtato ſuccedere; aut ſi qua alia iuſta cauſa omittendi interuenerit, vtrique non dabit actionem in eum legatorum*, &c. & in §. ſi patronus, infra eadem l. ibi: *alíter enim non eſſe patronum cogendum legata præſtare: neque enim interdictum eſt, vt quis omittat hæreditatem, ſi ſine fraude fiat, &c.*

9 Sed obſtat † textus in dicta l. quia autem, §. plane, ibi: *ſin vero non incidit, quia hæc fuit teſtatoris voluntas, vt daret ei facultatem, & ab inteſtato ſuccedendi; vel quia alia cauſa interceſſit, quæ ſecundum ea, quæ ſupra ſcripta ſunt, non offendit edictum, dicendum eſt contribui fideicommiſſa debere, quaſi exæquata*, &c. Ex quibus verbis, iunctis ſupradictis, ſequitur, quod quando quis vtitur facultate teſtatoris, nec incidit in edictum; etiam legata ex teſtamento præſtat; & ſimiliter relicta ab inſtitutione.

Verum ſuprapoſita exceptio ſecurè ſtat, nec refragatur allatus textus: nam in eo non agebatur, an vtens facultate defuncti ab inteſtato, ſuccedendo, teneatur etiam legata ex teſtamento præſtare? ſed ſuppoſito, quod voluit vt preſtarentur (vt conſtat ex eodem textu ibi: *ſi iidem & ex teſtamento legata, & fideicommiſſa ab inteſtato fuerint relicta, & præterea alijs fideicommiſſa*, &c. vnde aperte colligitur, iiſdem perſonis ab inteſtato reliquiſſe fideicommiſſa, quibus ex teſtamento legauerat; nec enim legata ab inteſtato relinqui poterant, §. præterea, Inſt. de fideicommiſſ. hæredit.) an eſſent contribuenda cum alijs fideicommiſſ. etiam ab inteſtato relictis. an uero prius deducenda? & reſpondet Vlp. contribuenda, & exæquanda omnia fore, quia prælatio legatorum ſolum habet locum, quando hæres incidit in edictum.

10 Adhuc † prædictæ exceptioni iterum obſtat l. licet Imperator, 74. ff. de legatis, lib. 1. vbi legata ab inſtituto relicta cenſentur repetita à ſubſtituto: quæ etiam regulariter militat in vno, eodemque inſtituto, & ſubſtituto ſimul; ergo ſicut diximus in dicto §. plane, verſ. ſin vero non incidit, vtraque fideicommiſſa ab inteſtato deberi, & fore contribuenda, & exæquanda; ita etiam dicendum eſt, omittente hærede tanquam inſtituto, & adeunte ex ſubſtitutione, ex tacita voluntate defuncti vtraque legata eſſe præſtanda, dicta l. licet Imperator, & conſequenter exæquanda, argumento dicti verſ. ſin vero non incidit; ſi etiam legata in ſubſtitutione reliquit teſtator alijs perſonis.

Nam reſpondendum eſt, quod quando diximus, ſi idem inſtitutus, & ſubſtitutus proponatur, & vt inſtitutus omittat, non manere obſtrictum legatis à ſeipſo inſtituto relictis: intelligimus ex vi edicti, ſi quis omiſſa cauſa
11 teſtamenti, &c. alioquin † enim ſi ex voluntate expreſſa, vel tacita teſtatoris, in ſubſtitutione repetitio inducatur, non dubitamus tūc prima legata præſtanda à ſubſtituto, & contribuenda cum alijs, ſi alia in ſubſtitutione dentur, & ob id forſan Vlp. in dicto §. planè, dum requirit repetitionem fideicommiſſorū,

loquitur

Digitized by Google

loquitur dumtaxat in ſucceſſione ab inteſtato,
vt patèt ex litera, quam ſupra expendimus:
nam legata relicta in teſtamento aliter non ſu
ſtinebantur eo deſtituto, l. eam, quam, C. de
fideicommiſſis, cum alijs; non tamen loquitur
in ſucceſſione teſtamentaria, id eſt, in vno eo-
demque inſtituto, & ſubſtituto: nam legata ab
inſtituto relicta, regulariter a ſubſtituto repe-
tuntur ex tacita defuncti voluntate, dicta l. li-
cet Imper. & in his terminis arbitrium eligen-
di à teſtatore conceſſum, illud operabitur,
quod hærede ex ſubſtitutione adeunte, prima,
& ſecunda legata contribuantur, & exæquen-
tur: quod aliter fieret, ſi hæres in edictum inci-
deret, vt vtrumque probat Vlp. in d. §. planè.
12 Aptari † tamen adhuc poſſunt termini, in
quibus dictus hæres ex ſubſtitutione non ma-
neat obſtrictus ijſdemmet legatis, quibus ex
inſtitutione tenebatur. v. g. ſi ijſdem perſonis
aliud diuerſum relinquatur à ſubſtitutione:
vel in ſubſtitutione ceſſet cauſa, ob quam ab
inſtitutione legatum erat: vel ſi primus lega-
tarius, in ſubſtitutione cohæres fiat; in his
enim caſibus, & ſimilibus, non cenſebitur in-
ducta repetitio in dubio, iuxta dictam l. licet
Imper. nec conſequenter manebit obſtrictus,
ſubſtitutus, quamuis idem vt inſtitutus omit-
tat: vtitur enim facultate defuncti: aliter, ea
ſcilicet deficiente, incideret in edictum, & ex
eius vi teneretur, etiam in proximè relatis ter-
minis, propter generalem determinationem
l. 1. ff. ſi quis omiſſa, &c. iuncta regula l. in
fraudem, 15. §. vlt. in fine, ff. de teſtamento
militis, & ita innuit Bart. in l. vlt. nu. 4. ff. ſi
quis omiſſa, &c.

Præfatam exceptionem ſic explicatam, am
plia primò; vt non ſolum procedat, quando
vnus, & idem inſtituitur, & ſubſtituitur, ve-
rum etiam quando apparet quælibet alia te-
ſtatoris coniecturata voluntas arbitrium eli-
13 gendi permittentis, v. g. quando † filius in po-
teſtate inſtituitur, & pater ei ſubſtituitur: nam
tunc pater poterit omittere hæreditatem ex
inſtitutione filij, non iubendo adire, ſiue re-
pudiando, iuxta terminos l. is qui, 13. §. vlt.
ff. de acquirenda, vel omitt. hæredit. & ean-
dem ex ſua ſubſtitutione acquirere, noſtra le-
ge Iulianus, verſ. vlt. vbi rationem reddit, ibi:
quia nemo filiæ patrem contra votum parentum
ſubſtituere videtur, ſed vt arbitrium eligendi relin
quat, vbi ex naturali iſto parentum educitur
coniectura, ne ſubſtitutio videatur facta in ca-
ſum impotentiæ ex parte filiæ, vt ibidem no-
tat gloſſa, verbo, votum, ſed potius noluntá-
tis ex parte patris, qui debet iubere vt adeat,
lege qui in aliena, ff. de acquirend. hæredit.
cum alijs; & ita eligendi facultas patri data
cenſetur.

14 Cur autem † Papinian. in dicto verſ. vlt.
totum retulit ad uotum parentum, cum fi-
lius non morte tantum, ſed noluntate etiam
potuiſſet in effectu hæreditatem abijcere ex
ſua inſtitutione, lege 3. C. de hæred. inſtit. &
in ſpecie probatur in lege vlt. §. ſin autem in
ſecunda. C. de bonis quæ liberis, &c. vbi dum
nouè conſtituitur, vt recuſante filio poſſit
pater adire, colligitur manifeſtè aliud antea
obtinuiſſe.

Huic interrogationi ſatisfacies ſi dixeris,
in edicto ſi quis omiſſa, &c. non conſidera-
ri recuſationem eorum qui ſunt in poteſtate:
quaſi calliditate potius patrum, vel domino-
rum id fiat, quam ex contumacia filij, aut
ſerui, vt patet ex lege 1. §. prætermittere,
ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamen. ibi: *ſed com-*
pellendus erit ſeruus hoc facere, &c. quaſi ſibi
imputet pater, vel dominus, qui filium, aut
ſeruum tam proteruos habet, ac ceruicoſos,
quod ius non præſumit, notat gloſſa, verbo,
ſed compellendus, in dicto §. prætermitte-
re, & ſatis innuit Marcellus Iuris conſultus,
in lege excuſatus, 5. ff. eodem titulo, ibi: *&*
per quemcumque caſum non potuerit iuſſu domini
adire, &c. vbi nequaquam meminit nolun-
tatis ſerui, immò eandem excluſit, vt ibi-
dem contra Rogerium tennit gloſſa.

An autem hæc ampliatio procedat etiam,
quando pater inſtituitur, & filius ſubſtitui-
15 tur, infra diſcuties. Interim † declarabis
hanc ampliationem collectam ex dicta lege
Iulianus, verſ. vlt. procedere tantum in filijs
in poteſtate, quidquid ibidem dicat Bartol.
num. 3. alioquin enim nulla dubitandi ratio
aptari poſſet dicto verſ. vlt. occaſione edicti,
ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, &c. niſi pa-
ter potuiſſet iubere filio, vt adeat, & non
iuſſit, iuxta dictum §. prætermittere, qui
ſolum procedit in ijs, qui ſunt in poteſtate,
dicta lege qui in aliena, cum ſimilibus: nam
ſi pater ſubſtitueretur filio emancipato, iam
non ratione deficientis iuſſus paterni, qui
quoad emancipati aditionem, non requiri-
tur, dicta lege qui in aliena, ſed colluſionis
tantum, dubitari poſſet, an pater in edictum
incidiſſet, eo maxime, quia in dicto verſ.
vlt. dicitur, arbitrium eligendi patri datum
cenſeri, quando filiæ ſubſtituitur, vt ſcilicet
vel ex inſtitutione filiæ, vel ex ſua ſubſtitu-
tione adeat: hoc autem arbitrium reſpectu
filij emancipati in patre conſiderari nequit,
cum ſit perſona diuerſa, & liberè poſſit ex
ſua inſtitutione adire poſthabito arbitrio pa-
terno.
16 Amplia † ſecundò dictam exceptionem,
vt etiam procedat in domino inſtituto, & ei-
dem ſubſtituto proprio ſeruo, vel è contra:

nam in his caſibus regulariter domino liberum erit, vel repudiare ex ſua perſona, & iubere ſeruum adire ex ſubſtitutione, vel è conuerſo, vt iam ſupra notauimus: etenim omittere ex propria perſona ex eo poteſt, quando inſtituitur; tum quia iuſta poteſt dari cauſa, ob quam ipſe nolit eſſe hæres defuncti, & illius perſonam repræſentare, quæ iuſta cauſa liberat edicto, l. quia autem, 6. §. non ſimpliciter, ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *aut ſi qua alia iuſta cauſa omittendi interuenerit*, &c. & ob id forſan teſtator ſeruum proprio domino ſubſtituit, vt dominus eligat viam ſuccedendi: tum etiam, quia cum ſerui capacitas pendeat à capacitate domini, & ſecundum eam reguletur, l. ſi mihi, & tibi, 12. §. regula, ff. de legatis, lib. 1. quod in ſeruo diſponitur, in domino diſponi videtur, vt ſupra tetigimus, & infra latius probabitur; vnde dominus, cui ſeruus ſubſtituitur, videtur inſtitutus, & ſubſtitutus idem; & ita procedit dictus §. ſi proponatur.

Si tamen ſeruo inſtituto dominus ſubſtituitur, tunc omninò ceſſat edictum: quia vellet dominus honorem proprium amplecti, in quo fraudem non incurrit, cum per contrarium
17 regulariter non careat dolo, qui † proprium honorem omittit, dicta lege Iulianus, ibi: *non enim caret dolo pater, qui honore proprio omiſſo, propter compendium alienam inſtitutionem maluit*, &c. vel etiam confirmatur ex verſ. vlt. dictæ l. Iulianus, vbi idem deciditur in patre; & quamuis illud votum commune parentum, propter quod pater non cenſetur ſubſtitutus in caſum mortis filij inſtituti, ex ſupra dictis, non poſſit conſiderari in domino reſpectu ſerui, vt generaliter notat Bart. ibidem, n. 3. non tamen debet teſtator, nec præſumitur ſubſtituiſſe dominum in caſum mortis ſerui inſtituti, quem dominus forſan charum habet, & cuius amiſſione deminuitur eiuſdem domini patrimonium, præcipuè, cum talis mens, & intentio teſtatoris nullo bono affectu nitatur: nam & à domino etiam mortuo capacitatem ſeruus mutuatur, §. ſeruus etiam alienus, poſt domini, Inſtit. de hæredibus inſtit.

18 Vnde iam inferes † interpretationem ad l. cui ſeruus, 25. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *ſi idcirco fecit ne legata præſtaret*, &c. vbi in ſpecie, qua dominus inſtituitur, & ſubſtituitur eius ſeruus, non aliàs dominus tenetur vtraque legata præſtare, ſcilicet relicta ab inſtitutione, & ſubſtitutione: niſi ſi idcirco omiſit ex ſua perſona, ne legata præſtaret, ergo regulariter præſumitur domino conceſſa facultas eligendi, cum non ex eo, quod omittat hæreditatem ex inſtitutione ſibi facta, ſed ex eo, quod animum habuit fraudandi legatarios, incidat in edictum; & ideo legatarij probare tenebuntur, nullam prætextiſſe iuſtam cauſam, ob quam dominus noluit adire ex ſua inſtitutione, niſi in necem legatariorum, ſecundum ea, quæ tradit Bart. in l. vlt. nu. 2. ante finem, ff. ſi quis omiſſa, &c. conſtito autem de calliditate domini, locum habet hoc edictum; & ita procedit dicta l. cui ſeruus, & dicta l. Neſennius, §. ſeruo, verſ. ſed & ſi.

Huic autem, & præcedenti ampliationi, in quibus diximus patrem ſubſtitutum filio, & dominum ſubſtitutum ſeruo poſſe omittere
19 inſtitutiones † filij, & ſerui, ac proprias amplecti, obſtat l. 1. §. prætermittere, ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *prætermittere autem cauſam teſtamenti videtur, qui cum poſſit iubere noluit id facere*, &c. nec excuſatur dominus, ſi ſeruus dicto audiens non fuerit, vt patet ibi: *ſed compellendus eſt ſeruus hoc facere*, &c. quia ſemper præſumitur dolo & colluſione eius, ſeruum omiſiſſe; & ſimiliter idem dolus, & calliditas poteſt præſumi reſpectu filiorum, vt ſupra oſtẽdimus.

Reſponde enim, dictum §. prætermittere, procedere in terminis, quibus dominus, vel pater aliàs ab inteſtato ſuccedere volunt: quo caſu omnino refragantur voluntati defuncti, illamq; circumueniunt; at quando ſuccedunt ex ſubſtitutione, facultas eligendi à teſtatore cenſetur data, ſiquidem illis viam ſuccedendi libere aperuit, ut ſuadetur ex ijs, quæ infra dicemus; & tunc ſuccedit regula l. quia autem, 6. §. non ſimpliciter, ff. ſi quis omiſſa, &c.

Amplia tandem præfatam exceptionem, vt ſcilicet vnus, & idem inſtitutus, & ſubſtitutus, poſſit omittere inſtitutionem, & ex ſubſtitutione adire, quin incidat in edictum ſi quis
20 omiſſa, &c. quamuis † in ſubſtitutione habeat cohæredem: vel inſuper alia legata, ſiue fideicommiſſa reliquerit: nam adhuc in his terminis procedit generalis determinatio l. 1. §. ſi proponatur, ff. ſi quis omiſſa, &c. ſentit Bart. in l. quia autem, n. 4. infra eodem. Hanc tamen ampliationi refragari videtur nuper citata l. quia autem, 6. in fine principij, ſatisfacies ex infra proxime dicendis.

Suprapoſita, & hucuſq; ampliata exceptio
21 non ſerpet ad eum caſum quo teſtator † hæredem ſcriptum, & aliàs ab inteſtato ſuccedere valentẽ, in codicillis quaſi ab inteſtato onerat, vt fideicommiſſa quibuſdam præſtet; etenim hic caſus manet ſub regula: nam licet ſcriptus videretur primo aſpectu ex voluntate teſtatoris poſſe omittere ex teſtamento, argumento d. l. 1. §. ſi proponatur, nihilominus tamen callide omittit, & remittente voluntate teſtatoris vt expreſſit Vlp. in d. l. quia autẽ, 6. in fine principij, ibi: *cogatur omnimodo legata præſtare; nec enim vtique ei omittere hæreditatem permiſit, qui fideicommiſſa ab eo relinquit ab inteſtato*, &c.

& ibidem

& ibidem notat Bart. num. 1. & Bald. in Rubrica, C. eodem tit. vbi ex eo, quod ab inteſtato venientis teſtator fideicommiſit, deducit I. conſultus, ſcriptum hæredem omiſiſſe hæreditatem ex teſtamento reluctante mente defuncti, & niſi alia iuſta cauſa interceſſiſſet, in edictum incidiſſe.

22 Nec obſtat † ſimilitudo eiuſdem inſtituti, & ſubſtituti, qui omiſſa inſtitutione non incidit in edictum, adeundo ex ſubſtitutione, quãuis ab eo gradu alia legata, ſiue fideicommiſſa relinquantur: nam ratio differentiæ eſt, quia legitimus hæres iure proprio, & legali vocatione ab inteſtato ſuccedit. Vnde ſi idem ſcribatur in teſtamento hæres, & ab eo legata dentur, quando poſtea codicillis factis iterum rogatur ab inteſtato, non cenſetur eidem datum arbitrium eligendi ſucceſſorem, ſed potius teſtator præcauet, vt ſi ſcriptus omiſſa cauſa teſtamenti velit iure proprio ſuccedere teneatur fideicommiſſa præſtare. At qui idemmet inſtitutus, & ſubſtitutus eſt, quolibet modo ſuccedat, ſemper ſuccedit ex voluntate, teſtatoris tantum, aliàs non ſucceſſurus: & ideo nihil mirum, quod ex ſubſtitutione adiens non incidat in edictum, quamuis teſtator alia legata ab eodem ſubſtituto reliquerit. Quam differentiam inter ſuccedentem ab inteſtato, vel ex ſubſtitutione, quoad propoſitum in effectu tradit Bart. in dicta l. quia autem, n. 4.

23 Nec huic † diſcrimini repugnat l. conficiuntur, 8. ff. de iure codicillorum; vbi qui rogatur ab inteſtato, quaſi ſcriptus, & ex mente defuncti ſuccedere videtur: dum adimere potuit, & non adimit l. 1. §. ſciendum, ff. de legatis, lib. 3. ergo idem quod dicitur in vno, eodemque inſtituto, & ſubſtituto, debet intelligi in eodem ſcripto, & ab inteſtato rogato: vel è conuerſo, quod eſt contra ſupradicta.

Etenim reſpondetur, quod licet ille, qui rogatur ab inteſtato ſuccedere quodammodo videatur ex mente defuncti, dum ei non adimit, quod adimere potuit: non ob id tamen inficiundum eſt, eum iure proprio principaliter admitti ex diſpoſitione iuris, l. 3. ff. vnde legitimi; in ſpecie textus in l. ſi ab inſtituto. 9. ff. ſi quis omiſſa cauſa, &c. ibi: *omiſſa cauſa teſtamenti hæreditatem poſſideant lege*, &c. vnde voluntas teſtatoris rogantis ab inteſtato potius conſeruat ius legitimi hæredis, quam largitur, innuit Vlpian. in d. §. ſciendum, ibi: *vel dum eis non adimitur*, &c. & quoad effectum ut onerari poſſit, conſideratur ac ſi ab ſpontanea defuncti voluntate acciperet, & ita procedit dicta lex conficiuntur, ibi: *ſed ideo fideicommiſſa dari poſſunt ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur patrefam. ſponte ſua his relinquere legitimam hæreditatem, &c.* At per contrarium qui ſuccedit, ſiue ex inſtitutione, ſiue ex ſubſtitutione, ſemper ſuccedit ex primaria ac ſimplici voluntate teſtatoris, aliàs non ſucceſſurus: & ideo nihil mirum, quod vtendo via, quam libere conceſſit teſtator, nullatenus incidat in edictum.

24 Tunc autem † diuiſio dictæ l. 1. §. ſi proponatur, ff. ſi quis omiſſa, &c. procedit etiam ab inteſtato, id eſt, quando teſtator, ad eundem, quem ſcripſit in teſtamento hæredem, poſtea ab inteſtato codicillos facit: ſi modo in codicillis nullum onus iniungat: nam in his terminis cenſebitur ei concedere electionem ſuccedẽdi, caſu quo hæreditatem ex teſtamento nolit amplecti; idque confirmo à ceſſante ratione dictę l. quia autem, in fine principij, ff. ſi quis omiſſa, &c. nam ſi ex eo, quod teſtator ab inteſtato fideicommiſſa reliquit, non cenſetur hæredi ſcripto permittere, vt omittat ex teſtamento: bene ſequitur, quod ſi fideicommiſſa non imponat permittere videatur.

25 Declaratur † tandem præfata exceptio, ne procedat, quando pater inſtituitur, & filius ſubſtituitur: nam in hoc caſu, non videtur arbitrium eligendi conceſſum: & ita procedit noſtra lex Iulianus, in prima ſpecie: nam in caſum ſubſtitutio fit, quo pater inſtitutus non poſſet adire, mortalitate præuentus, (quod non eſt contra votum parentum, ex lege, ſcripto, verſ. vlt. ff. vnde liberi, lege nam & ſi parentibus, ff. de inofficioſo teſtamen.) aut ſimili cauſa. Alioquin ſi pater inſtitutus proprio honore omiſſo, iubeat filium adire ex ſubſtitutione, incidet in ſententiam edicti, dicta lege Iulianus, niſi iuſta aliqua cauſa eum excuſet, iuxta legem, quia autem, 6. §. non ſimpliciter, ff. ſi quis omiſſa, &c.

Nec obſtat identitas perſonarum in patre, & filio, a iure inducta, ex lege vltima, C. de impuberum & alijs. ſecundum quam pater inſtitutus, & filius in poteſtate ei ſubſtitutus, videbatur vnus, & idem inſtitutus, & ſubſtitutus, & habere locum dictam legem 1. §. ſi proponatur, ff. ſi quis omiſſa, &c. ſatisfacies enim ex infra dicendis.

26 Deinde † principaliter prænotandum eſt, quod quando iuxta æquitatem edicti ſi quis omiſſa, &c. prima legata, aut fideicommiſſa ſunt præſtandà; & in ſecunda cauſa ſucceſſionis alia concurrunt: vtriſque tamen in ſolidum non ſuppetunt facultates defuncti, tunc præferendi ſunt primi legatarij, legis Falcidiæ beneficio intercedente: & ſi aliquid adhuc quadrante hæredis immutilato ſuperfuerit, inter ſecundos fideicommiſſarios pro rata portione diuidetur, vt pro regula tradit Vlp. in l. quia autem, §. plane, ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *nam ſi incidit, præferen-*

di erunt hi, quibus teſtamento relicta fuerunt quædam, &c. vbi, qui omiſit cauſam teſtamenti, & ab inteſtato ſuccedit, prius tenetur legatarijs ex teſtamento omiſſo in ſolidum ſatisfacere, quam fideicommiſſarijs ab inteſtato petentibus.

27 Quam † regulam (quæ de vno, eodemq; hærede diuerſo iure ſuccedente loquitur) amplia, vt procedat in domino inſtituto, & eius ſeruo ſubſtituto, (ſuppoſito ſcilicet, quod dominus incidit in edictum, ex eo quod habuerit animum fraudandi, iuxta ſupra dicta). Ratio eſt: quia in his terminis quodammodo vnus, & idem cenſetur inſtitutus, & ſubſtitutus quoad hũc effectum: tum, quia ſeruus nullam aliã induit capacitatem, niſi illam dominus habuit, vt diximus: tum, vel maxime, quia inſtrumentum domini cenſetur, vt inquit Ariſtoteles, lib. 1. Politicorum, dum dicit, inſtrumentorum alia eſſe inanima, alia animata: & pro animatis intelligit ſeruos. Comprobat eleganter Connanus, lib. 2. Commentariorum iuris, cap. 2. à nu. 1. & cap. 10. nu. 1. nouiſſime Hiſpanus Pichardo. in Rubrica, nu. 6. Inſt. de ſtipulatione ſeruorum, & exprimit Vlp. in l. quæ ſitu, 12. §. Alfenus, ff. de fundo inſtructo, vel inſtru. ibi: *Si quis ſlamex hominibus alijs legauerit, ceteros, qui in fundo fuerunt, non contineri instrumento ait, quia nihil animalis inſtrumenti eſſe opinabatur; quod non eſt verum, conſtat enim eos, qui agri gratia ibi ſunt, inſtrumento contineri* &c. quod generaliter intellige in ſeruis deſtinatis alicui negotio. & certum eſt, inſtrumentum operari in virtute alterius, cui totus effectus tribuitur: vnde quando dominus inſtitutus omittit, & ſeruum ſuum ſibi ſubſtitutum adire iubet; ipſemet dominus adire cenſetur mediante ſuo inſtrumento. ergo regula, quæ dictat, hæredem incidentẽ in edictum, ſi quis omiſſa, &c. teneri prius ſatisfacere primis legatarijs; habet locum in domino inſtituto, cui ſubſtituitur eius ſeruus, quaſi tunc, vt vnus, & idem ſuccedat; quam interpretationem mire innuit Celſus I. C. in l. cui ſeruus, 25. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *& qua hæres eſt, & qua omiſſa cauſa teſtamenti poſſidet ex ſubſtitutione hæreditatem*, &c. vbi propterea in prædicta ſpecie onerat dominum ad præſtationem vtrorumque legatorum, quia non ſolum ex ſubſtitutione ſerui poſſidet hæreditatem, ſed quia etiam hæres eſt, hoc eſt, quia ipſe quodamodo eſt idem hæres ex ſubſtitutione, qui antea erat ex inſtitutione, quam omiſerat: aliter enim carerent ſenſu dicta verba: *quia hæres eſt*. & reinciderẽt in ſequentia. & ita procedit noſtra l. Veſennius, §. ſeruo, verſ. ſed etſi, ibi: *prius erogantur, quæ ab ipſo domino data ſunt*, &c.

28 Vnde inferes † declarationem ad dictam l. cui ſeruus, quæ ſolum inquit, dominum in edictum incidentem, quando iubet ſeruum ſibi ſubſtitutum adire, teneri vtraque legata præſtare: vt ſcilicet intelligatur, prius fore eroganda, quæ ab ipſo domino inſtituto, quam quæ a ſeruo ſubſtituto relicta erant, ex vi ſuprapoſitę regulæ.

29 Ampliatur † ſecundò prædicta regula, vt procedat etiam in diuerſis perſonis, v. g. quando inſtitutus, qui omiſit, eſt alius ab eo, qui ab inteſtato venit: vel ab eo, qui ex ſubſtitutione vocatur; dũmodo tamen qui ſuccedit, ſit particeps fraudis: nam tunc reſpectu fraudis vtrinq; incurſæ, ille, qui ſuccedit, videtur etiam edictũ incurriſſe, vt probat Papin. in l. mater, 27. §. vlt. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *ſi fraudis conſilio cum hæredibus ſcriptis participato, legitimã hæreditatem ſolus poſſideat, actio legatorum ex ſententia prætoris dabitur*: Idem conſtituunt Imp. in l. 1. C. eodem tit. ibi: *vtilis actio aduerſus eum, cum quo fraudis conſilium participatum eſt, ſibi competit*, &c. probatur tandem argumento textus in l. 4. §. 1. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *& hic id egiſſet, vt omittatur hæreditas, doloq; id fecit, conueniri debet*, &c. & ibidẽ notat elegans gloſſa, verbo, conueniri; vnde conſtat hunc ſucceſſorem fraudis participem incidere in edictum, & legatorum vtili actione teneri, tam eorum, quæ a gradu omiſſo, quam quæ ab eo relinquuntur, in quo manet hæreditas, & conſequenter primi legatarij, ſeu fideicommiſſarij præferendi ſunt, iuxta l. quia autem, 6. §. plane, ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *nam ſi incidit, præferendi erunt hi, quibus teſtamento relicta fuerunt quædam*, &c. noſtra l. Neſennius, §. ſeruo, verſ. ſed etſi. Cur autẽ ſucceſſor fraudis particeps vtili tantum actione, vel ex ſententia edicti dicatur obſtringi, infra oſtendetur.

30 Interim † inferes deceptos fuiſſe Placentinum, ac Petrum gloſſatores antiquos, quos referũt Accurtius, verbo, participatum, in dicta l. 1. C. ſi quis omiſſa, &c. & Bart. in l. 2. nu. 2. ff. eodem tit. non eſſe neceſſariam fraudis participationem, vt prędictus ſucceſſor teneretur ex ſententia edicti: nam contrarium veriſſimum eſt, & prædictos gloſſatores ſecure reprobat Bart. dicto num. 2. & nos infra latius dicemus.

31 Ex qua † ſecunda ampliatione iam primò infertur decidendi ratio ad Vlpianum, in l. 2. ff. ſi quis omiſſa, ex ibi: *mihi videtur humanior eſſe hæc ſententia, vt poſſeſſor hæreditatis prius exrutiatur*, &c. vbi propterea in diuerſum ſucceſſorem ab inteſtato, conceditur actio legatorum ex teſtamento omiſſo, quia fraudulenter ſe geſſit: pretium enim dedit ſcripto hæredi, vt omitteret, vt patet ex

initio

initio eiuſdem textus ibi: *pretio accepit prætermiſit hæreditatem*, &c. hac autem pretij datione quodammodo incidit in edictum, ab inteſtato poſtea ſuccedendo, argumento textus elegantis in l. 4. §. 1. ff. ſi quis omiſſa, &c. & præcipue iuncta declaratione Bart. ibidem, & conſequenter dum prius excutitur tamquam incidens in edictum, prius quoque eroganda ſunt, quæ ab ſcripto hęrede omittente relicta erant, quam quæ de legitimo; ſi teſtator codicillis ab inteſtato factis legitimum hæredem oneraſſet, caſu, quo hæreditas ex teſtamento deſtitueretur, & ita ſuccedet etiam eadem prælatio, de qua idem Vlp. in d. § plane, verſ. nā ſi incidit. Aduerſus autem eum, qui omiſit pretio accepto, etiam ſecundo loco actio datur ad ſimilitudinem eius, qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidet hæreditatem.

32 Verū huic † illationi obſtat Vlp. in l. ſi nō ſolus, 10. in fine principij, ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *niſi pecuniam accepit is, qui omiſit cauſam teſtamenti; tunc enim in ſolidum tenebatur*, &c. & in l. 1. verſ. vlt. C. eodem. ibi: *planè ſi pecunia accepta omiſit aditionem, legata, & fideicommiſſa præſtare cogitur*, &c. vbi pretio accepto ſolus omittens, non vero poſſeſſor adſtringi videtur.

Pro conciliatione ariolantur vtrobique Accurtius, & reliqui, nec quid tolerabile afferūt: quapropter primo reſponderi poteſt, vt ſcilicet quando ſubſtitutus, aut legitimus hæres, fraudis ſunt participes, primò excutiātur, quia, vt probauimus, iuris cenſura in edictum inciderent, & ita procedat dicta l. 2. ipſi autem ſoluentes primis legatarijs, regrediuntur in hæredem, qui pecunia accepta omiſit, quaſi ipſe in effectu poſſideat hæreditatem, & ſuppoſito hoc recurſu intelligatur dicta l. ſi non ſolus, & dicta l. 1. verſ. vlt. non enim preciſè agunt de modo exequendi, ſed effectu executionis: vt ſcilicet in omittentem vergat, quando pretio accepto omiſit, ſentit Bartol. in lege 4. ff. ſi quis omiſſa, &c.

Verum, cum in pari cauſa turpitudinis (in qua eſt omittens pretio accepto, & poſſeſſor pretio dato, iuxta ſupradicta) melior ſit conditio poſſidentis, hoc eſt, eius à quo petitur, l. ſi ob turpem, 8. ff. de cōdictione ob turpem, &c. l. in hæredem, 5. §. 1. ff. de calumniatoribus, ſi alter ſoluit, videtur eidem denegandus regreſſus aduerſus alterum; vnde aptius pro cōcordia generaliter intellige, quod omittens pretio accepto, de rigore iuris directo, & in ſolidum conueniri debebat à legatarijs, quaſi poſſeſſor, ex infra dicendis, & ſecundum hanc iuris ſeueritatem procedat l. ſi non ſolus, & dicta l. 1. verſ. vlt. at dicta l. 2. procedat ex æquitate: vt patet ibi: *mihi videtur humanior eſſe hæc ſententia*, &c. humanitas autem ex eo deducitur: nam in ueritate poſſeſſor hæreditatis fraudem commiſit, pretij datione, & in edictum incidit iuris cenſura, & conſequenter teneri debet. Inſimul omittens propter pretij acceptionem, etiam poſſidere videtur, & debet teneri, quaſi callide hęreditatē omiſiſſet. Si igitur ab alterutro effecto nō ſoluendo, regreſſus ad alterū fieri debet, vt legatatijs ſatisfiat, humanior ſententia eſt, vt prius excutiatur verus
33 hęreditatis poſſeſſor, quia † a parte rei ipſe fortius deliquit, dū in necē legatariorū pretio dato ſubornauit ſcriptum hæredem, ut omitteret hæreditatem, argumento l. 2. §. 1. in fine ff. de condictione ob turpem eius. deinde perueniamus ad omittentem.

34 Et ſi † verus hæreditatis poſſeſſor iā à principio apparet non ſoluēdo, tunc directo conueniendus eſt, qui pretio accepto prætermiſit hæreditatem; & ita etiam procedere poſſunt dictā l. ſi nō ſolus, & dicta l. 1. verſ. vlt. dum ſimpliciter dicunt omittentem conueniendū fore.

35 Infertur † ſecundò, interpretatio ad Pomp. I. C. in l. 3. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *in vtrumque actionem dandam, ut ei tamen cui ab vtroque legatum ſit, in alterutrum detur actio*, &c. in quo duplex inſpectio erit: prima, cur vterque obligetur; ſecunda, an aliqua prælatio legatariorum inducenda ſit? ad primam ſatisfacit l. præcedens: nam licet prius poſſeſſor ſit excutiendus, ut ibidem docetur, tamen etiam ad omittentem peruenitur: quia pretio accepto etiā poſſidere videtur, argumento eorum quæ tradit Vlp. in l. 4. § vlt. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *ſi quis vendiderit hæreditatem, vtique poſſidere videtur, &c.* tam autem pretium habet qui vendidit, quam qui ob id omittit. facit etiam l. ſi ſeruum, 28. in princip. infra eodem tit. ibi: *cum per pretium ſerui, hæreditatis quoque æſtimationem conſequatur, &c.*

Quod attinet ad ſecundam inſpectionem, dic præferendos eſſe illos, quibus ab inſtituto omittente legatum erat, ex regula Vlpiani, in dicta l. quia autem, 6. §. plane, verſ. nam ſi incidit, ff. hoc tit.

36 Infertur † tertiò, elegans elucidatio ad Vlp. in l. ſi eadem, 20. ff. ſi quis omiſſa, &c. vbi ita ſcribit: *ſi eadem res diuerſis perſonis ab inſtituto, & ſubſtituto fuerit relicta, non vterque, ſed qui ab inſtituto accepit ſolus vindicabit*. vbi neceſſario ſupponit inſtitutum (a quo eadem res Titio prius legata fuerat) omiſiſſe inſtitutionem in fraudem legatarij eiuſdemque participem fuiſſe ſubſtitutum; aliter enim non eſſet locus edicto, nec primo legatario actio competiſſet; cū ille, qui ſine fraude ſuccedit, nequaquam teneatur ad legata relicta ab eo, qui per fraudem omiſit, vt infra latiſſimè oſtendetur. Cur au-

rem ſolus primus legatarius, non vero etiam is, cui à ſubſtituto eadem res legata eſt, petat? videndum nunc eſt: nam videbatur ſaltem pars eiuſdem rei ſecundo legatario competere, ex regula l. ſi eadem res, 33. ff. de legatis, lib. 1. vbi, & cui ſecundo loco legatur eadem res, aliquando tota, ſemper tamen ad minus pars debetur.

Cæterum Vlp. in præſenti ſolum primum legatarium rem vindicaturum reſoluit, & me mouet ratio, quod ſubſtitutus fraudis particeps fuit, ob quam inſtitutus omiſit, & tunc ſuccedit regula dict. §. plane, verſ. nam ſi incidit, vbi præferuntur primi fideicommiſſarij: quia cum teſtator eandem rem ſecundo legatario det à ſubſtituto tantum, & commiſſo edicto perinde ſit, ac ſi adiret inſtitutus, qui aliàs omiſit, l. ſi duo, 18. ibi: *atque ſi ex teſtamento hæreditatem adiiſſet, &c.* l. ſi dolo, 24. ibi: *quamuis prætor perinde in eum det actionem, atque ſi adiiſſet hæreditatem, &c.* ff. ſi quis omiſſa, &c. iam ſolus primus legatarius vindicabit, cum rem petat ex cauſa, in qua non habuit

37 concurſum à teſtatore datum. At † dictas l. ſi eadem res, 33. ff. de legatis lib. 1. procedit, quando in eadem cauſa teſtamenti voluntas defuncti ſecundo legatario aſſiſtit, cui tota debebitur, ſi à primo ademiſſe conſtiterit; alioquin pars: nam in his terminis ſemper ius magis fauet, & ſtat pro ſecundo legatario regula l. ſi mihi & tibi, 12. §. in legatis, ff. de legatis lib. 1.

38 Infertur † quarto interpretatio ad Vlp. in l. ſi quis pecuniam, 4. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *dicendum erit, locum eſſe vtili actioni aduerſus eum, qui poſſidet hæreditatem, &c.* & ibi: *poſſeſſorem debere conueniri vtili actione, &c.* vbi concedit actionem contra legitimum, vel ſubſtitutum hæredem, cui gratiam conferens ſcriptus, vel primo loco inſtitutus omiſit hæreditatem.

In quo duo ſe offerunt diſcutienda: primò, cur teneatur poſſeſſor, in cuius gratiam omiſſa eſt à ſcripto hæreditas, licet in necem legatariorum, cum tunc potius ipſe omiſſor teneatur, l. 1. §. vlt. ff. ſi quis omiſſa, &c. vbi idem Vlp. ita inquit: *ſi quis per fraudem omiſerit hæreditatem, vt ad legitimum perueniat, legatorum petitione tenebitur*; eo maximè, quia nullus tenetur ex hoc edicto, quin fraudem aliqualiter incurrat, vt ſupra tetigimus, & infra latius probabimus.

Secundum, quid dicendum ſit, ſi à ſubſtituto, vel legitimo hærede (in quorum gratiam omiſſa eſt hæreditas) legata, vel fideicommiſſa relinquantur, an præferenda ſint iis, quæ ab omittente data erant?

Quod ad primum attinet, breuiter reſpondeo: in d. l. ſi quis pecuniam, eum teneri, quia dixiſſe in edictum, & illos, in quorum gratiam omiſit hæreditatem, fuiſſe fraudis participes; vtrumque probatur ex litera, de fraude omittentis, ibi: *& ideo ſi liquido conſtiterit, in necem legatariorum hoc factum, &c.* De participatione legitimi, vel ſubſtituti conſtat, ibi: *dum vult præſtitum ei, qui ſubſtitutus eſt, vel legitimo*, & ibi: *nimia gratia collata*, & ibi: *dum vult præſtitum ei, qui ſe repudiante venturus eſt, non repudiaturus, niſi præſtitum vellet, &c.* quibus verbis oſtendit I. conſultus ſatis compertum fuiſſe, venturis hæredibus nimiam gratiam eius, qui fraude omiſit, aliàs non omiſſurus. Inſuper nimia gratia (de qua textus loquitur, & cuius acceptatores memores, ac certiores eſſe debebant) conſiſtebat in eo, quod legatarij principaliter fraudarentur: nam aliàs gratiam non mediocrem conferret ſcriptus, ſi ab ipſo adita hæreditate legatis ſolutis, poſtea ei, qui aliàs legitimus hæres, vel ſubſtitutus erat donaſſet hæreditatem, ff. de donationibus l. portionem, 22. l. ſeris alieni, 15. l. penult. §. ſed & ſi quis vniuerſitatis, C. de donationibus; nimietas ergo gratiæ verſatur in eo, vt uberior, ac pinguior hæreditas ad legitimum, vel ſubſtitutum perueniret legatarijs excluſis. Vnde ſi quidem certi erant intentionis ſcripti hæredis, qui in necem legatariorum, ſimul & in nimiam ſequentium gratiam omittebat, quam ſcientes acceptabant; iam participes, aut ſaltem fraudi conſentientes dicendi ſunt: & conſequenter merito contra illos hæreditatem poſſidentes vtilis actio datur, tradit gloſſa, verbo, profuit, in fine, in l. ſi non ſolus, ff. ſi quis omiſſa, &c. & verbo legatorũ, in l. quia autem, §. ſi patronus, ff. eodem. Bart. in l. 2. nu. 2. ante finem, ff. eodẽ tit. vltra quæ participatio fraudis probatur aperte, ex dictis verbis, ibi: *ſi liquido conſtiterit in necem legatariorum hoc factum, &c.* quæ vtrinque habitum fraudis tractatum oſtendunt.

Cum igitur in his terminis poſſeſſor, & omiſſor hæreditatis, ſint participes, primo excutiendus eſt poſſeſſor, vt infra oſtendemus, & poſtea omiſſor, qui tunc ſolus erit excutiendus, quando ſolus fraudem commiſerit, iuxta dictam legem 1. §. vlt. de quo inferius, ac latius agetur.

Ad ſecundum quæſitum reſponde ſuppoſito, quod legitimus vel ſubſtitutus fraudẽ participauit, data contra ipſos actione, primos legatarios eſſe præferendos, l. quia autem, §. plane, verſ. nam ſi incidit, ff. hoc tit. cuius ratio interuentu fraudis participatio, hunc quoque caſum complectitur.

39 Propterea † autem in dicta l. ſi quis pecuniam, actio, quæ contra dictos poſſeſſores da-

tur

Digitized by Google

tur, dicitur vtilis, vt patet ibi: *locum eſſe vtili actioni*, &c. & ibi: *debere conueniri vtili actione*, quia actio ordinaria ex edicto, ſi quis omiſſa, &c. erat directa, illa ſcilicet, quæ ex teſtamento competebat legatarijs, ſiue fideicommiſſarijs, ſi adita hæreditas foret: nam cum prætor calliditati omittentium occurrit, effingit hæreditatem aditam eſſe, l. ſi duo, 18. ibi: *atque ſi ex teſtamento hæreditatem adiſſet*. &c. ff. ſi quis omiſſa, &c. l. ſi dolo, 24. ff. eodem, ibi: *quamuis prætor in eum det actionem, atque ſi adiſſet hæreditatem*, &c. Vnde ſuppoſita hac fictione inductiua, nihil mirum, quod actio, quæ competit, ſit directa ex teſtamento, quæ in iiſdem terminis, amota fictione, directa futura erat.

Deinde edictum concipiebatur in eum, qui omiſſa vna cauſa ſuccedendi, aliam eligebat, vt patet ex dicta l. 1. ff. eodem tit. vnde ſi omiſſor ex vna cauſa, & acquiſitor ex alia, non eſſet vnus, & idem; verba edicti ceſſabant: non enim poterat fingi ſucceſſorem, qui nunc poſſidet, adiuiſſe hæreditatem ex ea cauſa, in qua ſcriptus non erat, & conſequenter actio illa directa locum ſortiri nequibat.

Quia tamen participato fraudis conſilio nouos, ac diuerſos hæreditatis poſſeſſores conueniri æquum fuit, ad ſimilitudinem directæ actionis, quam ex edicto Prætor pollicitus fuerat; aliam conceſſit, quæ ob id vtilis dicta eſt, quia in albo non erat ſcripta, ſicut illa, quam Prætor dabat, inducendo fraudatorem hæreditatem adiuiſſe. Et hanc differentiam inter actionem, quæ competit contra fraudulenter omittentes, & eam, quæ datur contra eos, quibus profuit fraudulenta, & participata omiſſio, oſtendat vlterius idem Vlp. in l. ſi non ſolus, 10. ff. eodem tit. ibi: *dandam in ipſum quoque legatorum actionem vtilem*, vbi quando omiſſa hæreditate in necem legatorum, omiſſor cum alio hærede ex noua cauſa ſuccedit (quo caſu actionem contra vtrumque Prætor decernit) eam, quam contra cohæredem fraudis participem dat, ſpecialiter vtilem appellat: & ita intelligunt Impp. in l. 1. C. hoc tit. ibi: *vtilis actio, aduerſus eum, cum quo fraudis conſilium participatum eſt, tibi competit*, &c. Eandem autem, quam Vlp. & Impp. vtilem appellant in relatis iuribus, vocat Papinianus actionem ex ſententia Prætoris, in l. mater, 27. §. vlt. ff. eodem tit. quando ſcilicet actio non datur contra fraudulenter omittentum, ſed contra alium, qui poſſidet participato fraudis conſilio, vel vocat actionem ex ſententia edicti, in noſtra l. Iulianus, vt infra expendemus.

40 Vnde † refellenda venit gloſſæ interpretatio, verbo, pollicetur, in l. 1. ff. ſi quis omiſſa, &c. vbi actionem, quam Prætor contra callidè omittentem, & ab inteſtato poſtea poſſidentem pollicetur, dicit eſſe vtilem ex teſtamento; nam ex dictis verius eſt, hanc actionem a Prætore quodamodo reſtitutam, directam dicendam fore, niſi Accurtius vtilem appellet, ex eo, quod, prout à Prætore conceditur, ordinaria non ſit, cum de ſeueritate iuris tunc deficeret: attamen ſuppoſita ſuſcitatione Prætoris, dicenda eſt directa, & ordinaria.

41 Refellendus † etiam eſt Bart. & qui eum ſequuntur in dicta l. 1. n. 7. vbi inquit actionem, quam Prætor pollicetur contra eum, qui omiſſa cauſa, teſtamenti ab inteſtato, vel alio iure ſimili ſuccedit, non ciuilem, ſed Prætoriam dicendam fore: nam contrarium dicendum eſt, immo, prædictam actionem ciuilem denominandam; etenim illa ſola dicitur actio Prætoria, quæ a mero Prætoris officio proficiſcitur, vt ſentit Imp. in §. aliæ autem, Inſt. de actionibus, iuncta l. ſtipulationum, 5. §. Prætoriæ, ff. de verborum obligat, ibi: *quæ a mero Prætoris officio*, &c. At actio de qua agimus, non ex mera iuriſdictione Prætoris deſcendit, cum illam ſimpliciter non inducat, ſed potius ex legitimis, & ciuilibus cauſis: quia Prætor procedit interpretando, ſeu fingendo aditam eſſe hæreditatem; in eo autem caſu legitima actio ſuapte natura ſuccedit: & ita Prætor terminos præparat, lex vero largitur actionem, quæ ob id ciuilis dicenda eſt. Quæ diſputatio inutilis non eſt, poteſt enim aptari iis, quæ à Doctoribus traduntur in principio, per textum ibi, Inſt. de perpetuis & tẽporalib. action.

Illa autem regula, quam hucuſque ampliauimus, quæ docebat omiſſa cauſa teſtamenti in fraudem legatorum, ſi ab inteſtato fideicõmiſſa etiam relinquantur, legatarios ex teſtamento eſſe præferendos, dicta l. quia autem, 6. §. plane, verſ. nam ſi incidit, ff. ſi quis omiſſa, &c. ceſſat, quando qui in fraudem omiſit, alio iure non ſuccedit: ſed alter ſuccedit, qui fraudis particeps non ſit; nam in hoc caſu fraudulentus omiſſor tenetur ad ea legata, quæ ab ipſo præſtanda erant, ſi aliàs adiret: at poſſeſſor ad ea tantum, quæ ab ipſo relinquuntur.

42 De omittente † probat Vlp. in l. 1. §. vlt. ff. hoc tit. dum inquit: *ſi quis per fraudem omiſerit hæreditatem, vt ad legitimum perueniat; legatorum petitione tenebitur*, idque deducit Vlp. ex regula quam præpoſuerat in §. præcedenti, vbi in quæſtionem trahit, an in edictum incidere, & dolo malo facere videatur, qui hoc ipſum malitioſè fecit, ne ab initio poſſidere inciperet: & ex ſententia Labionis affirmatiuè reſpondit. Ex qua regula bene infertur id, quod tradit in dicto §. vlt. nam qui fraude

omittit

Digitized by Google

omittit hæreditatem, vt legitimo deferatur, dolo facit, ne incipiat poſſidere; vnde nihil mirum, quod teneatur, ad quæ teneretur, ſi adijſſet. Etenim ſicut ille tenetur, qui dolo deſijt poſſidere, dicta l. 1. §. ſane interueniente, ita tenetur, qui dolo facit, ne incipiat poſſidere, vt æquiparat dicta l. 1. §. ſane quæſtionis; & ita quamuis malitioſe omittens, nullum lucrum ſentiat, adſtringitur, vt tenet gloſſa, verbo, conueniri, in l. 4. §. 1. ff. ſi quis omiſſa, &c. vbi etiam ex textu probatur; & apud Luſitanos hoc ſuadetur eleganti ſimili, ex Ordinat. lib. 4. tit. 84. §. 3. vbi ſi teſtator voluiſſet aliquem inſtituere, vel eidem legare; & vi, metu, vel fraude alicuius impediretur, ſi fraudatus dicta inſtitutione, vel legato ſibi relicto, id probauerit; in duplum damnabitur, qui tale damnum intulit. Et ſubiungit Ordinatio, talem fraudatorem non ſenſurum ex bonis defuncti lucrum aliquod, ergo &c. Et mouit forſan Prætorem æquitas illa, cuius meminit Paulus I. C. in l. 2. §. item Varus, ff. de aqua pluuia arcenda, ibi: *quod factu quidem mihi prodeſſe poteſt ipſi autem nihil nociturum eſt. hac æquitas ſuggerit, etiamſi iure ſcripto deficimus*, &c. nam cur impunita manebit fraus illius, qui hæreditatem omittit ad effectum, vt noceat alteri, cum aditio illi nocitura non eſſet, immo prodeſſet: nam ſi aditio obeſſet, tunc iuſte omitteret, iuxta l. quia autem, §. non ſimpliciter, ff. hoc tit. nec obſtat d. l. 1. §. non quærimus, ff. hoc ſi quis omiſſa: vbi dicitur, quocumque modo poſſideat illa, qui omiſit teneri ex edicto, & ita videtur requiri vt poſſideat: notat ibidem Bart. dein dicit, quod qui non poſſidet titulo pro hærede vel poſſeſſore, non tenetur: & ita videtur innuere non ſufficere ſolam fraudem, quin etiam ſequatur poſſeſſio titulo hæreditario; nam reſpondetur, d. §. non quærimus, procedere in dubio, quando quis omittit cauſam teſtamenti, & ab inteſtato poſſidet; vt tunc indiſtinctè teneatur, quaſi dolo omiſiſſet: vnde ille excuſatur, qui poſtea aliquo iuſto tit. poſſidet, non tanquam hæres: quaſi ceſſet præſumpta fraus; non tamen negat textus, quod ſi dolo omittat nec poſtea poſſideat, non teneatur, id enim inferius decidit, vt ſupra oſtendimus.

43 Vnde † apparet deceptos fuiſſe Accurtium, & Bart. & qui eos ſequuntur, in dicta l. 1. §. vlt. dum textum ibidem intelligunt, quando omiſſor accepit pecuniam, vt omitteret: nam hæc interpretatio vltra quam quod ſit diuinatoria, violat etiam literam, & mentem iuriſconſulti, ex ijs, quæ ſupra proximè diximus. & contra eam eſt Accurtius ſibi contrarius, in l. 4. §. 1. ff. eodem tit. verbo, conueniri, vbi generalitas textus id à fortiori ſuadet. Tandem ſi dictus §. vlt. intelligeretur pretio accepto, iam non ſimpliciter diceret textus omittentem teneri, ſed potius poſſeſſorē primò teneri, & prius eſſe excutiendum, vt iam ſupra notauimus, & inferius oſtendemus. Nec pro gloſſa & Bart. ac reliquis faciūt iura, quib. mouētur, illis enim ſtatim ſatisfacies. Hoc autem, quod diximus de hærede per fraudem omittente, vt ſolus, & ſimpliciter teneatur: declaratur ne procedat, quando ei ſubſtitutus ſuccedit: nam tunc cum regulariter legata repetuntur, l. licet Imp. 74. ff. de legatis, lib. 1. & ſupra notauimus n. 10. ceſſat nociua ratio fraudis, quę alias in id tendit, vt legata corruant.

Subintellige tamen hanc declarationem primò, niſi aliqualiter noceatur primis legatarijs forſan, quia ex ſubſtitutione ſunt alia legata relicta, quæ ſimul contribuuntur, vt diximus nu. 11. in quo verſari poteſt maximum damnum primorum legatariorum, iuxta ea, quæ dicemus infra n. 61. nam tunc punienda eſt fraus omittentis, in eo, vt primi legatarij, accepta portione, quæ a ſubſtituto fraudis non participe cum alijs legatarijs debetur, in reſiduum experiantur cum fraudulento omiſſore.

Subintellige ſecundò, vt inſtitutus per fraudem omittens, quando ei ſubſtitutus ſine fraudis participatione, ſuccedit, adhuc teneatur in ſolidum, ſi ceſſet primorum legatorum repetitio in ſubſtitutione, vt contingit in aliquot caſibus, de quibus dicta l. licet, & ſupra tetigimus n. 12. nam in his terminis militat eadem edicti ratio, & deciſio dictæ l. 1. §. vlt. ff. ſi quis omiſſa, &c.

44 Quod attinet † ad eum, qui ſine fraudis participio ſucceſſit, quamuis inſtitutus hæres fraudulenter omiſiſſet; ſecure reſoluendum eſt, ad ea dumtaxat legata, ſiue fideicommiſſa teneri, quæ ab ipſo relicta ſunt: nullatenus uero ad ea, quæ a fraudulēto omittēte data fuerant, & ita in terminis probat Vlp. in l. quia autem, 6. §. ſi patronus, ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *hac autem ita ſunt ſi cohæres colluſit cum patrono, aliter enim non eſſe patronum cogendum legata præſtare*, &c. probatur deinde à contrario ſenſu, in lege mater, 27. §. vlt. ff. hoc tit. & in l. 1. C. eodē. & fuit Azonis ſententia, quem refert, & conſtanter ſequitur, ac tenet Bart. in l. 2. nu. 2. ff. eodem tit. vbi reprobat Placentinum, & Petrum antiquos gloſſatores. Idem Bart. in l. 4. verſ. quæro an ſit, & in dicta l. quia autem, §. ſi patronus, & in l. vlt. n. 2. ff. hoc tit. & in his terminis allegatus dolus probari omnino debet per actorem, vt docet Bart. in dicta lege vlt. num. 2. ante finem, vbi viam oſtendit, qua probari poſſit. Prædicta tamen intellige, ita vt ſucceſſor fraudis non particeps, non teneatur ex vi edicti: alioquin enim ſi teſtatur fidei-

com-

commiſſa, vel legata repetierit, tenebitur, argumento dictę l. quia autem, 6. §. plane, verſ. ſin vero non incidit; & hoc regulariter procedet in ſubſtitutione, in qua legata repetuntur, dicta l. licet Imp. vt ſupra notauimus.

45 Verum † ſupradictis obſtat l. ſi quis pecuniam, 4. ff. hoc tit. ibi: *vbi vero gratis, in fraudem tamen eorum, quibus quid relictum eſt, poſſeſſorē debere conueniri vtili actione*, &c. quibus verbis oſtenditur fraudulentum omiſſorem non teneri, & per contrarium teneri bonæ fidei poſſeſſorem.

Vrget fortius textus, in l. ſi non ſolus, 10. ff. eodem tit. ibi: *nec enim aſpernari debet obeſſe ſibi factum hæredis ſcripti, cui etiam profuerit*, &c. quibus clarius innuit Vlpianus, factum hęredis fraudulenter omittentis, ex eo ſolo, quod proficiat ſequenti ſucceſſori, adſtringere ſequentem eundem ſucceſſorem: & ita quamuis fraudem non participaſſet, in terminis tenuit Petrus antiquus, relatus à gloſſa, verbo, participatum, in l. 1. C. ſi quis omiſsa, &c. & Placentinus, vt refert Bart. in l. 2. n. 2. ff. eodem.

Accurtius, verbo, profuit, in dicta l. ſi non ſolus, etiam agnoſcit, eum qui gratis, & ſine fraudis participio ſuccedit, teneri ad legata, ſiue fideicommiſſa ab eo data, qui fraude omiſerat; & mouetur pimo, ex eo, quia ex qua perſona lucrum capimus, eius factum præſtare debemus, hoc eſt, etiam damnum occaſione eiuſdem perſonę proueniens ſentire debemus, l. ex qua perſona, ff. de regulis iuris. Deinde, quia dolus auctoris nocet ſucceſſori habenti cauſam lucratiuam, l. apud Celſum, §. ſi quis autem, ff. de doli exceptione.

His tamen non obſtantibus, ſtat ſupraposita doctrina, ſcilicet, illum, qui ſolus fraudem incurrit, teneri pro legatis à ſeipſo relictis: at legitimum hæredem, vel ſubſtitutum, qui abſque aliqua fraudis communione ſucceſſit, nequaquam teneri, niſi ad ea tantum, quæ ab ipſis ſpecialiter relicta ſunt: nec enim iure cogi poſſunt, cum nullatenus edictum offenderint, & ille dumtaxat ex edicto teneatur, qui callide ſe geſſit, l. 1. ff. hoc tit.

Obiecta nunc diluamus; & in primis non obſtat dicta l. ſi quis pecuniam: nam ſupponit ſucceſſorum etiam fraudis fuiſſe participem, vt ſupra ad eundem textum probauimus. Inſuper, dum inquit poſſeſſorem hæreditatis vtili actione conueniri debere, neceſſariò debet intelligi, quoad ordinem executionis, vt ſcilicet prius excutiatur poſſeſſor, eo autem effecto non ſoluendo, fiat tranſitus ad fraudulentum omiſſorem, iuxta l. 2. ff. hoc tit. quam ſupra explicauimus.

Nec adhuc reluctatur dicta l. ſi quis pecuniam, quatenus diſtinguit inter omittentem per fraudem accepta pecunia, vel gratis; quaſi illo caſu conueniri poſſit omiſſor, hoc vero, non. Satisfacies enim ſi dixeris, de rigore iuris, qui accipiebat pecuniam, vt omitteret, directo conueniendum fore a legatarijs, l. 1. verſ. vlt. C. ſi quis omiſſa, &c. l. ſi non ſolus, in fine principij, ff. eodem; quia tamen, qui pretium dederat, & hæreditatem poſſidebat, propter fraudis participationem aliquo modo ſaltem in ſubſidium tenebatur: humanius viſum eſt ut ab ipſo poſſeſſore excuſſio inciperet, vt ſupra probauimus ex l. 2. ff. hoc titulo; quod in gratuita & fraudulenta ſimul omiſſione vnius, & poſſeſſione alterius, cum fraudis communione, citra controuerſiam obſeruabatur: vnde differentia inter vtrumque caſum in eo conſiſtit, quod de rigore iuris, qui accepto pretio omittit, ſtatim, ac directo conueniendus erat; in ſubſidium vero poſſeſſor: eſt contra, qui gratis per fraudem tamen omittebat, in ſubſidium tenebatur: poſſeſſor vero hæreditatis principaliter, ac directo; vtrobique tamen verus poſſeſſor tenebatur propter fraudis participium; & hac expoſitione præmiſſa, procedit diſtinctio, quam inducit dicta l. ſi quis pecuniam, inter gratuitum, & reſpectiuum omiſſorem; & ita ſupponit hæreditatis poſſeſſorem teneri propter fraudis participationem, nec denegat fraudulentum, & gratuitum omiſſorem aliqualiter teneri, qui, ſi communio fraudis in ſucceſſore ceſſaret, ſine dubio ſolus ac principaliter cogeretur ad legata a ſeipſo relicta, vt ſuadet planus textus in dicta l. 1. §. vlt. ff. hoc tit. & ſupra demonſtrauimus.

46 Non obſtat † deinde dicta l. ſi non ſolus, quia ut ibidem notat gloſſa, verbo, profuit, in fine, poſſeſſor hæreditatis particeps fuit fraudis. Nec aliquid contra eumcunt relata verba, ibi: *nec enim aſpernari*, &c. vt ſupra expendimus: nam Vlp. ibidem non reddit fundamentalem rationem, ob quam legitimus hæres teneatur (id enim principaliter, & dumtaxat proueniebat ex fraudis participio, vt oſtendimus) ſed loquitur quaſi per exceſſum, id eſt, non debet legitimus hæres fraudis particeps ſe excuſare ab onere legatorum præſtandorum, quæ à fraudulento omiſſore relicta fuerant; nec cauſari hæredis omittentis factum ſibi dumtaxat obfuiſſe, & per ſequentes eidem omiſſori imputandum: cum etiam, inquit Vlp. hoc factum ſcripti hæredis omittentis ſibi profuiſſet, Primaria autem, ac germana decidendi ratio, quam Vlp. ſupponit, nitebatur in fraudis participatione: nec enim actio vtilis, ſiue ex ſententia huius edicti datur, niſi offendatur edictum, & non offenditur ſine fraude, vt ſupra probauimus.

47 Nec † aliquid faciunt fundamenta, quibus Accur-

Accurtius motus dicebat, poſſeſſorē hæredita tis ſine fraude ſuccedentē teneri ad legata etiā à fraudulēter omittente relicta:nā d. l. ex qua perſona, ff. de regulis iuris, procedit tantum quando ab aliquo lucrū capimus non omittēte ſed faciente: quia ſcilicet ipſe nobis aliquid lucri contulit. At in terminis, in quibus legitimus, aut ſubſtitutus hæres ſine aliqua fraudis communione ſuccedit, nihil à fraudulento omittente accipit, ſed vel à iure, vel voluntate defuncti, dum vel ab inteſtato, vel ex ſubſtitutione ſuccedit.

48 Non † facit ſimiliter dicta l. apud Celſum, §. ſi quis autem, cum ſimilibus: quia (vt ibidem patet) tunc dolus auctoris obeſt ſucceſſori, quando ſucceſſor ſortitur eundem locum, & ius auctoris, vt patet ibi: *an de dolo exceptionem patiatur ex cauſa eius, in cuius locum ſucceſſerit*, &c. & conſequenter procedit, quam actor rem habuerat, & ab ipſo ad ſucceſſorem tranſierat: at nos loquimur de eo, qui ſine fraude, & ex ſola diſpoſitione iuris ſuccedit; & ex parte fraudulenti hæredis ſola datur omiſſio, non vero trammiſſio alicuius iuris quæſiti.

49 Ex † quibus infertur intellectus, & conciliatio ad noſtram l. Iulianus, & l. Neſennius, §. ſeruo, verſ. ſed etſi: nam in illa ſupponit Papinianus, patrem qui omiſit inſtitutionem, & iuſſit filiam ſubſtitutam adire, non teneri ex verbis ſed ex ſententia edicti; in quo eleganter oſtendit, in terminis, de quibus ibi, conſiderari perſonam patris diuerſam a perſona filiæ: cum in diuerſitate perſonarum, omittentis ſcilicet, & acquirentis, actio ex ſententia edicti, ſiue vtilis dari dicatur, vt ſupra oſtendimus. Hanc autem diuerſitatem perſonarum induxit Papinianus ex mente teſtatoris, mixta conſideratione iuris: nam filia fuit patri ſubſtituta in caſu, vt inquit textus, non ut arbitrium eligendi patri relinquatur, hoc eſt teſtator ea mente ſubſtituit filiam patri, vt ſi forte pater morte præuentus adire non poſſet; filia in ſui commodum, & ex ſua perſona ex ſubſtitutione ſuccederet: atque ita ex mente teſtantis diuerſam ſucceſſionem Iuris conſultus collegit.

50 Conſiderauit etiam ius, quia † eo attento, filia ex ſua perſona capacitatem habet, & poteſt acquirere, quidquid ei delatum fuerit, vt probat patruus meus Arius Pinellus in Rubrica 2. parte, n. 40. C. de bonis maternis, inſignis Luſitanus Franciſcus de Caldas, in l. 3. verbo, ſine curatore, n. 29. C. de in integrum reſtit. minorum. doctiſſimus Petrus Barboſ. Luſitanus I.c. in l. 2. §. quod ſi in patris, n. 7. ad finem, ff. ſoluto matrim. nouiſſimè ac eleganter tradit Antonius Faber, lib. 7. Coniecturalium, cap. 11. Quamquam ex vi patriæ poteſtatis in patrem ſtatim transferat, l. placet, ff. de acquirenda hæredit. iuncta eleganti interpretatione patrui mei Pinelli, in l. 1. prima parte, a n. 20. C. de bonis maternis. Vnde nouę leges, quibus bona materna, & reliqua aduentitia, necnon caſtrenſia, vel quaſi, non ab antiquo, filijs quoad proprietatem, & aliquando etiam quoad vſumfructum largiuntur, id non inuexere denuo habilitando, & efficiendo capaces perſonas filiorumfam. ſed potius intercluden do fluxum rerum acquiſitarum in parentes: nam capacitas acquirēdi ex propria perſona, antea illis inerat.

51 Suppoſito † igitur quod in noſtra l. Iulianus, & ex mente defuncti, & diſpoſitione iuris nō reſiſtēte, pater inſtitutus, & filia ei ſubſtituta, diuerſæ perſonæ conſiderantur: quando facto patris offenditur edictum, ſcilicet iubendo filiam ex ſubſtitutione adire in fraudem legatorum, quæ ab ipſo erant relicta: ceſſat actio directa ex perſona filiæ contra patrem, ſolaque datur vtilis, & ex ſententia edicti: quaſi fraudis paternæ particeps filia præſumatur, vt alias tradit Papin. in l. mater, 27. §. vlt. ff. eodem tit. & ita pater ex perſona filiæ ſubſtitutæ dicitur teneri ex ſententia edicti; Ob id autem non cogitur actione directa, quia cum poſſideat ex perſona filiæ, quæ prius conuenienda erat, iuxta ſupradicta, ea etiam actione conueniri debet, qua filiæ tenebatur, ſcilicet vtili, & ex ſententia Prætoris.

Et quamuis commiſſa fraude per omittentem, vel participata cum eo, cui hæreditas acquiritur, ſemper præferantur primi legatarij, l. quia autem, §. plane, verſ. nam ſi incidit, ff.

52 hoc tit. tamen † in præſenti, quia in filia magis præceptum, & iuſſus paternus conſideratur quando adit, quam participatio fraudis, cum in terminis huius textus nec allegari, nec probari debeat a primis legatarijs, merito prius habetur ratio eorum legatorum, quæ ab ipſa relicta ſunt, quam eorum, quæ à patre erunt relicta: nam illa ſoluit pater iure ordinario, & ex perſona filiæ, quaſi ipſe pater tamquam extranea perſona fraudulēter omiſiſſet, & filia abſque vllo fraudis participio ex ſubſtitutione adiuiſſet.

Et quamuis ex perſona quoque filiæ ex ſententia edicti teneri videretur primis legatarijs, ex ratione l. data, 27. C. de donationibus, ibi: *ſi quidem clandeſtinis, ac domeſticis fraudibus, facile quiduis pro negocij opportunitate confingi poteſt: vel id quod geſtum eſt, aboleri*, &c. quia tamen prædicti legatarij releuantur ab onere probandi hanc fraudem, cum aliàs de iure tenerentur, vt tradit Bart. in l. vlt. n. 2. ante finem, ff. ſi quis omiſſa, &c. & quodammodo eſſet impoſſibilis talis probatio, propter rationem dictæ l. data, ceſſat prælatio eorundem, ſolumq;

53 ſolumq; ex reſiduo (ſalua Falcidia) illis † ſatisfieri debet ex ratione l. cum qui, 30. ff. de iure iurando, ibi: *abundè enim ſufficere exonerare petitorem probandi neceſſitate*, &c. & ibidem notat Alex. & alij: nam dicta l. quia autem, §. plane, verſ. nam ſi incidit ad hunc caſum extenſa, quo poſſeſſor particeps fuit, tunc procedit, quando fraus allegatur, & probatur contra poſſeſſorem, vt generaliter requiritur.

54 Cur autem † pater non teneatur in ſolidum primis legatarijs, reſpectu propriæ fraudis, vt generale eſſe ſupra oſtendimus. Reſponde ex eo prouenire, quia ſuppoſito, quod poſſidet hæreditatem, & reſpectu eiuſdem, duplici onere grauatur, ſcilicet eorum legatorum, quæ ab ipſo & eorum, quæ à filia ſubſtituta relinquuntur: in eo releuatur (ſecundum regulam l. cum qui, ff. de iure iurando) vt habita prælatione eorum, quæ à filia relinquuntur, ex ſupra poſita ratione, & ſalua Falcidia (quæ in dictis, & ſimilibus terminis ſemper competit, ex regula l. ſi duo, 18. verſ. vlt. ff. ſi quis omiſſa, &c. cum alijs) ad præſtationem eorum, quæ ab ipſo patre inſtituto relicta erant, tantum teneatur pro reſiduo hæreditatis: nam ita in effectu manebit, ſicut quilibet alius ſcriptus hæres, qui omiſſa vna via ſuccedendi, ex alia ſuccedit, penes quem ſemper illæſus, & immutilatus ſuus quadrans remanet ex legis Falcidiæ beneficio, l. quia autem, 16. in principio, ff. hoc tit.

Nec primi legatarij queri poſſunt, quod non præferantur; vel aliàs, non habeant actionem contra patrem in ſolidum: cum ſi cogerentur ad probandum dolum patris, & participationem filiæ ſubſtitutæ cum patre fraudulenter omittente, omninò forſan excluderentur, vtpote omni probatione defecti, ex ſupra dictis.

Atque ita conſtat in noſtra l. Iulianus, in prima parte, quoad præſtationem vtrorũq; legatorum, quando excedunt dodrantem, omnia ſeruari, quæ in edicto proponuntur, conuerſo tamen ordine, vt ſcilicet præferantur legata à ſubſtituto, ijs, quæ ab inſtituto relicta erant ex ſupradicta ſpeciali ratione.

55 Nec † iam tunc obſtat noſtra l. Neſennius, §. ſeruo, verſ. ſed etſi, quia loquitur in ſeruo ſubſtituto, in quo nunquam potuit nec ex diſpoſitione iuris, nec ex mente teſtatoris conſiderari diuerſitas perſonarum: cum ut diximus, ſit tantum domini inſtrumentum, & ab eo etiam mortuo capacitatem mutuetur, §. ſeruus etiam alienus, poſt domini, Inſtit. de hæredibus inſtit. vnde regulariter ſubſtitutio ſerui non in caſu cenſetur facta, ſed vt arbitrium eligendi relinquatur; & ſi aliquando dominus incidit in edictum, tunc preferendi ſunt ij, quibus à domino inſtituto legatum eſt; poſtea vero ratio eorum ineunda eſt, quę à ſeruo ſubſtituto relinquuntur: quaſi vnus, & idem fraude omiſiſſet, & poſſediſſet, & ita procedit noſter verſ. ſed etſi, ſecundum diſpoſitionem dictæ l. quia autem, §. plane, verſ. nam ſi incidit.

Et ex eo inſuper præferuntur primi legatarij in noſtro verſ. ſed etſi, quia cum non aliàs dominus teneatur in illis terminis, niſi fraudis, & illuſionis cauſa, ſuum ſeruum ex ſubſtitutione adire iuſſiſſet, iuxta l. cui ſeruus, 25. ff. ſi quis omiſſa, &c. ibi: *ſi idcirco fecit*, &c. vt ſupra explicauimus: atque ita legatarij hanc fraudem, & colluſionem teneãtur probare, ſecundum Bart. receptam doctrinam, in l. vlt. n. 2. ante finem, ff. ſi quis omiſſa, &c. nihil mirum, quod etiam ſecundum regulas ordinarias huius edicti præferantur, de quibus iure dicto §. plane, quoad aliter eueniebat in noſtra l. Iulianus, in prima parte.

Et ſic ceſſat antinomia ferè implacabilis inter Papin. in l. Iulianus, & Paulum I.c. in l. Neſennius, §. ſeruo, verſ. ſed etſi.

56 Illud autem † non ineleganter addes ſupra dictis circa interpretationem noſtræ l. Iulianus, vt ſi in eius ſpecie primi legatarij, ſuccepto onere probandi veram colluſionem inter filiam, & patrem interceſſiſſe, idque oſtenderint: ſine dubio præferantur ijs, quibus à filia ſubſtituta legatur: nam tunc iuris regulæ ſuadent, vt pater etiam ex perſona filiæ illis prius ſoluere teneatur, iuxta dictum §. plane, verſ. nam ſi incidit, & tunc concordabit noſtra l. Iulianus, cum deciſione §. ſerui, verſ. ſed etſi.

Nec noua hæc animaduerſio audax videri debet, aut inſolens, etenim reducit rem ad iuris principia; deinde, quia in noſtra l. Iulianus, dum præferuntur legata relicta à filia ſubſtituta, & poſtea agitur de primis legatarijs, id ex eo prouenit, quia abſque vllo probandi onere prædicti primi legatarij recipiuntur ad quale quale commodum: cum aliàs ſi colluſionem probare tenerentur, forſan excluderentur omninò propter difficilem probationem, iuxta ſupradicta. Vnde ſi ſe oneri illi ſuppoſuerint, ſine dubio præferentur, argumento elegantis deciſionis in l. cum qui, ff. de iure iurando, ibi: *cum omiſſa hac parte edicti, dupli actio integra maneat*, &c. iuncta gloſſa ibidem, verbo, omiſſa, & quæ ibidem tradunt Doctores.

57 Præterea, addes † etiam interpretationem ad noſtram l. Iulianus, ibi: *non enim caret dolo pater, qui honore proprio omiſſo, propter compendium alienam inſtitutionem maluit*, &c. In quibus verbis non reddit Papinianus rationem, ob quam prius ineunda ſit ratio eorum, quæ a filia relinquuntur: cum immò tunc contrarium diceret ex regula dictę l. quia autem, §. plane, verſ.

Digitized by Google

verſ. nam ſi incidit. Sed potius reddit rationem oneris, quod tacite patri imponit, hoc eſt, vt poſt præſtita legata a filia ſubſtituta relicta, teneatur pater pro reſiduo ad ea, quæ ab ipſo inſtituto data fuerant; idque ex ea ratione, quia non caret dolo pater, qui proprio honore omiſſo, &c. & quam vulgare ſit, & peculiare Iuriſconſultis, tacitis aſſertis reſpondere, iam in hoc libro oſtendimus, cap. 2. n. 11.

58 Ex quibus † hucuſque deductis, illud inferes, in edicto, ſi quis omiſſa cauſa, &c. quando ex duplici cauſa, v. g. ex teſtamento, & ab inteſtato, vel ex inſtitutione, & ſubſtitutione, legata vel fideicommiſſa relinquuntur, ſemper quædam alijs præferri debere: & regulariter præferri, quæ a gradu, ſiue cauſa ſucceſſionis omiſſa relinquebantur, dicta l. quia autem, §. plane, verſ. nam ſi incidit, & ita procedit noſtra l. Neſennius, §. ſeruo, verſ. ſed etſi. In noſtra autem l. Iulianus, fit prælatio è conuerſo propter ſpecialem rationem, de qua ſupra.

59 Aliquando † autem exæquantur vtraque, & contribuuntur; vt in ſpeciali caſu dictę legis quia autem, §. plane, verſ. ſin uero non incidit, vt patet ibi: *dicendum eſt contribui fideicommiſſa debere, quaſi exæquata*. In quo tamen duo concurrere debent. Primum erit, edictum nõ offendi: vt patet ibi: *non offendet edictum*. Secundum erit, primo legata ex voluntate teſtatoris cenſeri repetita, ut fieri ſolet, argumento textus in l. cum pater, 77. §. filius matrem, ff. de legatis, lib. 2. & in l. eam quam, vbi notant Doctores, C. de fideicommiſſis, & in dicto §. planè, repetita expreſsè fuiſſe ſupra probauimus; Alioquin edicto non offenſo, priora legata, ſiue fideicommiſſa non præſtantur in ſecunda, ac diuerſa cauſa ſucceſſionis, niſi repetantur: repetitio autem ſimplex non impedit, quo minus quis poſſit in edictũ incidere, niſi aliunde conſtet ex voluntate teſtatoris permittentis, vt vna omiſſa, poſſit ex alia cauſa ſuccedere, vt inferius oſtendemus.

60 Illud quæri, & † vſu venire poteſt, num, vt habeat locum deciſio dictæ l. quia autem, 6. §. plane, verſ. ſin vero non incidit, ff. ſi quis omiſſa, &c. circa exæquationem legatorum, & fideicommiſſorum, ſufficiat, quod teſtator eadem legata, quæ in teſtamento reliquerat, repetat ab inteſtato, & inſuper adiungat alia denuo fideicommiſſa: vt ita hærede ſcripto omittente, vtrorumque ab inteſtato contributio fiat, & exæquatio?

Et primo aſpectu videbatur dicendum, iſtũ hæredem omittentem cauſam teſtamenti, & ab inteſtato ſuccedentem, non incidere in edictum, cum ipſe non ſolum ſoluat legata teſtamentaria, ſed inſuper grauetur onere fideicommiſſorum, & ita ceſſare fraus videatur: vnde videtur per hoc electio ſuccedendi ei conceſſa: iuxta dictum verſ. ſi vero non incidit.

61 Verum † contrarium tenendum eſt cum Bart. in l. vlt. n. 2. in fine, ff. hoc tit. nam adhuc deducenda ſunt prius relicta in teſtamento, ex ratione d. l. quia autẽ, in fine principij, quæ in his terminis a fortiori militat: nam repetitio legatorum ab inteſtato, & inſuper aliorum onerum impoſitio, magis oſtendunt mentem teſtatoris denegantis, quam permittentis; vt omittat ex teſtamento.

Deinde non ceſſat fraus: nam ſi facultates defuncti, ſaluo hæredis quadrante, ſolum ſufficiat legatarijs teſtamentarijs, ſi ijſdem ex teſtamẽto ſolueretur, poterit hæres ſcriptus (qui ab inteſtato venire poteſt) cum fideicommiſſarijs ab inteſtato paciſci, vt eidem aliquid dent, ſi omiſſa cauſa teſtamenti, eos cum legatarijs teſtamentarijs exæquauerit in diſtributione bonorum; & quamuis hoc pretio non efficiat, poteſt nimia gratia efficere; ad fraudandum tamen, & in necem legatariorum, argumento l. 4. ff. ſi quis omiſſa, &c. & generaliter in omnibus his ſpeciebus locum habet edictum l. 1. ff. eodem tit. dum fraude omittentis in effectu minus conſequuntur legatarij teſtamentarij, ſi contributio omnium fieret, quam ſi ex teſtamento adiretur hæreditas.

Præterea induco Iauolenum I. c. in l. ſi ab inſtituto, ff. hoc tit. vbi facta repetitione eiuſdem rei, reſpectu eiuſdem legatarij in ſubſtitutione, obligatur in ſolidum vterque ſcriptus hæres, ſi ab inteſtato veniat, & legatarius poteſt eligere, quem conuenire maluerit; ergo repetitio facta ab inteſtato eorum, quæ in teſtamento relicta fuerunt, non tollit illam obligationem in ſolidum, qua ſcriptus ex teſtamento tenebatur: & conſequenter pręferri debent teſtamentarij legatarij.

Deinde induco Vlp. in l. ſi eadem, 10. ff. eodem tit. vbi ſi eadem res ab inſtituto, & ſubſtituto, diuerſis perſonis relinquatur, & vterque ab inteſtato ſuccedat, non concurrent in eandem rem legatarij, ſed ſolus ille vindicabit, cui ab inſtituto, & ſic primo loco legatum eſt; ergo ſimiliter commiſſo edicto, præferri debent legatarij teſtamentarij fideicommiſſarijs ab inteſtato, cum ſecundo loco his relinquatur.

Nec debet obeſſe primis legatarijs repetitio facta ab inteſtato, quaſi eo ipſo cenſeantur per teſtatorem exæquati cum fideicommiſſarijs ab inteſtato: quia iſta ſimplex repetitio in primorum legatariorum fauorem fuit introducta, ergo non debet in odium retorqueri, præcipuè cum citra talem repetitionem, præferendi eſſent, vt ſupra probauimus.

62 Tandem † facit doctrina Bart. in l. 1. n. 2.

ff. hoc

ff. hoc tit. vbi inquit, quod ille, qui omittit ex teſtamento, & poſſidet ab inteſtato, præſumitur in fraudem omiſiſſe; ergo cum in propoſitis terminis hæres ſcriptus poſſet ex teſtamento adire, cauſam tamen inteſtati amplexus eſt, id fraude fecit; & conſequenter incidit in edictum: vnde præferendi ſunt primi legatarij, dicta lege quia autem, §. planè, verſ. nam ſi incidit.

63 Et quod † diximus in terminis, quibus teſtator repetijt legata ab inteſtato, intellige ſi in teſtamento appoſuit clauſulam codicillarem; & aliunde codicillis factis alia fideicommiſſa ab inteſtato reliquit: nam clauſula codicillaris idem operatur, ac repetitio, Iul. Clarus, in §. teſtamentum, q. 46. in princip. & ita licet ſubdubius tenuit Bart. in dicta l. quia autem, n. 2. & ſecure ex dictis tenendum eſt. ſentit idem Bart. in l. 1. n. 4. in vltimis verbis, ff. de iure codicill. dum allegat d. l. quia autem in principio.

64 Nec † obſtat ſupradictis dictus §. plane, verſ. nam ſi incidit, quia vel procedit, quando teſtator expreſſim permiſit ſucceſſionē ab inteſtato, vt patet ibi: *Quia hac fuit teſtatoris voluntas, vt daret ei facultatem ab inteſtato ſuccedendi*, &c. tradit et Bart. in dicta l. quia autem, nū. 2. vel aliter datur talis cauſa, quæ edictum non offendat. At in noſtra ſpecie in dubio edictum offenditur ex dictis, dum legatarij teſtamentarij, ſi non in toto, ſaltem in parte fraudantur, quatenus alij ab inteſtato eiſdem accreſcunt in bonis defuncti diuidendis; quare ius accreſcendi quam damnoſum ſit, conſtat ex ijs, quæ aliàs eleganter tradit Viglius, in principio, n. 6. Inſt. de exhæredatione liberorum.

65 Ne autem † ſuprapoſitæ ſolicitæ indagationes circa edictum, ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, &c. videantur inutiles, intereſt breuiter diſcutere, an cenſeatur correctum huius edicti robur ex pinguiſſimo remedio Authēt. Hoc amplius, C. de fideicommiſſis, quod etiā habet locum in eo hærede, qui non adiuit, vt patet ex Auth. De hæred. & Falcidia, §. ſi verò expreſſim, collat. 1. & tenent plurimi, quos refert Additionator ad Bart. in l. 1. ante n. 1. ff. ſi quis omiſſa, &c. idem Bart. in lege nemo poteſt, n. 5. ff. de legatis, lib. 1. Paulus Caſtr. conſ. 391. Roman. conſ. 71. col. penult. & conſequenter ſi omittente hærede ſucceſſiue defertur hæreditas etiam particularibus ſucceſſoribus, legatarijs ſcilicet, & fideicommiſſarijs, iam nullum periculum verſatur in relictorum proteſtatione; & conſequenter dato remedio ordinario, ceſſat vtilitas huius edicti, & inaniter inſudauimus.

Verum cōtrarium ſecuriſſime ſtatuendum eſt, immò adhuc hodie ſtare præfatum edictū, quod primus tradidit Iacobus de Beluiſo, in dicta Auth. De hæredibus, & Falcidia, in penult. & vltima quæſt. quem refert, & ſequitur Bart. in d. l. 1. n. 2.

66 Nec † obſtant ſupra in contrarium adducta: nam in primis Auth. Hoc amplius, ſiue referamus ad ſuum corpus, in dicta Auth. De hæredibus, & Falcid. §. ſi quis autem non implens, vbi agit de ijs, qui neceſſario ex lege percipiunt; ſiue ad §. ſi vero nulla ſubeſt, vbi agitur de hæredibus extraneis, ſemper ſupponit aditam eſſe hæreditatem, vt ſatis probat dictus §. ſi quis autem, ibi: *Aliud verò totum auferri*, &c. vbi innuit gloſſa, verbo, auferri, conſtat etiam ex dicto §. ſi vero nulla, ibi: *Illum quidem priuari omnibus relictis*, &c. At edictum ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, ſolum procedit, quando quis omittit, ſiue repudiat in necem legatariorum, & ita antequam adeat hæreditatem.

67 Deinde † textus in dicta Auth. de hæredib. & Falcid. §. ſi verò expreſſim, loquitur quando Falcidia expreſſim prohibetur per teſtatorem, & lex eidem voluntati expreſſæ aſſiſtit, laxato antiqui iuris rigore, de quo textus in l. quod de bonis, 15. §. 1. ff. ad legem Falcid. cum ſimilibus. Vnde ne illa veteris iuris remiſſio in teſtatoris damnum verteretur, ſcilicet, ſi ob nullum lucrum omittente hærede ab inteſtato decedat, omni vltimo elogio in irritum deuocato, lex ſtatuit, vt omiſſa ob hanc cauſam ab hærede aditione, ſucceſſio deferretur in iiſdem bonis, iuxta formam dictæ Auth. Hoc amplius, & corporis, vnde ſumitur; & ita apparet loqui in caſu particulari, vt in terminis inquit Bart. in dicta l. 1. n. 1.

Ex quibus conſtat, non aliter in iure ab inteſtato ex diſpoſitione tantum legis ſuſtineri legata in teſtamento relicta, omittente, ſiue repudiante hærede, niſi quando Falcidia eidem expreſſim interdicitur, ergo hoc vno caſu excepto, in reliquis locum habet æquitas noſtri

68 edicti; immò, etſi † attento tempore, quo hoc edictum prodijt in lucem, valida eſſet teſtatoris prohibitio circa Falcidiam detrahendam, ceſſaret omnino edicti diſpoſitio, vtpote data iuſta cauſa, ob quam hæres ſcriptus teſtamenti cauſam omitteret, iuxta l. quia autem, 6. §. non ſimpliciter, ff. ſi quis omiſſa, &c. vbi in terminis exprimit Bart. & I. conſultus in l. cum pater, 77. §. Titio, in fine, ff. de legatis lib. 2. facit ratio l. excuſatus, ff. ſi quis omiſſa, &c. & dictæ l. quia autem, §. ſi patronus, quibus iuribus probatur, quod deminutio in portione patrono iure debita producit cauſam iuſtam omittendi hæreditatem ex teſtamento, & ſuccedendi ab inteſtato, quin incidat in edictum. Idem in legitimæ filijs debitæ diminu-

Digitized by Google

tione, tradit Bart. in dicta l. excuſatus, quem vide, dum quoad legitimam dicit correctam eſſe dictam l. excuſatus, de iure recentiori.

In eo tamen manet differentia, quando valide interueniſſet dicta prohibitio, ſicut hodie ſemper valida eſt: quod attento tempore antiquo, legata corruerent, omittente hærede, vtpote, non offenſo edicto, quod tunc ceſſabat iuxta dictam l. quia autem, §. ſi patronus, cum alijs præcitatis. At hodie non ſolum non offenditur edictum, ſed inſuper legata, & reliquæ diſpoſitiones ſuſtinentur, ſeruato ordine dictæ Auth. de hæred & Falcid. §. ſi vero expreſſim, vt ſupra diximus.

69 Illud † autem quod tradit Bart. in dicta l. quia autem, §. non ſimpliciter, ſcilicet, quod ſi quis hodie omitteret ex iuſta cauſa, non poſſet ſuccedere ab inteſtato, ſi intelligatur vltra terminos dicti §. ſi vero expreſſim, indiget ſine dubio correctione: nam adhuc edictum obtinet, excepto caſu dicti §. ſi uero expreſſim, vt probauimus: ergo in hoc tantum hæres remouebitur; quoad alios vero caſus ſeruabitur omnino, quidquid diſponitur in edicto, ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, eo maximè contra Bart. facit, quia ſi data fraude adhuc hodie tenetur hæres, qui omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato ſuccedit, vt ipſe fatetur, in l. 1. num. 1. ff. eodem, in quo ſupponit poſſe ab inteſtato ſuccedere, cur remouendus erit ille ab inteſtato, qui ſine fraude, immo data iuſta cauſa velit ab inteſtato eandem hæreditatem amplecti, quam omiſerat ex teſtamento.

SVMMARIVM.

Diſputatur quæſtio, vtrum filiusfam. poſſit teſtari de bonis, quæ pleno iure ei acquiruntur, ex diſpoſitione l. cum multa, C. de bonis, quæ liberis? cuius pars affirmatiua fundatur a num. 1. negatiua verò amplectitur, & formatur. a numero 3.

Donata à principe cenſentur bona quaſi caſtrenſia. num. 2. & de ratione ob quam ita fuit conſtitutum. vide num. 17.

Filiusfam. non ſolum ratione bonorum deficientium, ſed etiam ratione perſonæ, eſt inhabilis ad teſtandum. num. 4. & 17.

L. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, prius edita fuit, quam l. vlt. infra eodem tit. num. 5.

Libri chronici authentici probant, ibidem.

L. penult. C. qui teſt. facer. poſſ. edita eſt poſt dictam l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. ibidem.

In tit. de bonis, quæ liberis, non agitur de poteſtate teſtandi, ſed de acquiſitione bonorum filijsfam. concedenda. n. 6.

Leges in dubio intelliguntur ſecundum Rubricam ſub qua collocantur. ibidem. & n. 44.

Latè explicatur l. cum multa, a num. 5. cum ſequentibus, & nu. 40.

Licet filiusfam. haberent peculia quaſi caſtrenſia olim, de eis tamen tunc teſtabantur, quando ſpecialiter permittebatur, ibidem.

Olim non ſequebatur habet peculium quaſi caſtrenſe, ergo de eo teſtari poteſt, nu. 7. nec etiam hodie ſequitur nu. 9. & 18.

Explicatur l. filiusfam. 7. §. vlt. verſ. vlt. ff. de donationibus num. 8.

Facultatem teſtandi de peculio quaſi caſtrenſi ampliauit Iuſtinianus. n. 9.

Dicta l. cum multa, edita fuit ante l. vlt. C. de inoff. teſt. num. 10.

Quibus perſonis conceditur teſtari de peculio quaſi caſtrenſi. n. 11.

Explicatur dicta l. vlt. verſ. in his itaque, C. de inoff. teſt. n. 12.

Dictio, itaque ſuapte natura inducit collectionem præcedentium. ibidem.

Dictio, in his *vel* huiuſmodi, *eſt reſpectiua ad præcedentia. ibidem.*

Bona, de quibus loquitur dicta l. cum multa, dicuntur quaſi caſtrenſia ex priuilegio ipſis conceſſo, non vero habita ratione perſonæ, cui conceduntur. num. 13.

Explicatur dicta l. cum multa, ibi: vt enim Imperialis fortuna, *&c. nu. 14.*

Prima bona, quæ filiusfam. ſibi pleno iure quæſiuit, fuerunt donata à principe. n. 15.

Simpliciter donata à principe filijsfam. pleno iure acquiruntur: aliter in donationibus priuatorum. num. 16.

Clericus filiusfam. teſtari poteſt, quare, & de quibus bonis. n. 19.

Aduocatus filiusfam. poteſt teſtari de ijs, quæ ratione, vel occaſione ſui officij, etiam ex priuatis ſalarijs, ſiue honorarijs conſequitur. a nu. 20.

Explicatur l. vlt. C. de ſilentiarijs, lib. 12. a num. 21.

Explicatur l. vnica, C. de caſtrenſi omnium palatinorum peculio, lib. 12. nu. 22. vbi oſtenditur filiosfam. palatinos teſtari poſſe, & de quibus bonis.

Explicatur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 91. §. 9. iuncto præcedenti. ibidem.

Explicatur l. vlt. C. de caſtrenſi peculio, lib. 12. nu. 23. vbi in litera potius leges, adiutrice, *quam* adiutricis.

Cur in dicta l. vlt. C. de inoff. teſt. quoad peculium quaſi caſtrenſe, de quo filiusfam. teſtari poteſt, meminit Imperator publici ſalarij, vel ſtipendij. nu. 24.

Filiusfam. Doctor, etiam teſtari poteſt, ſicut aduocatus, ibidem.

Medicus filiusfam. de quibus bonis, & cur poteſt teſtari. num. 25.

Ex

Digitized by Google

Explicatur l. vlt. ibi: omnes omnino, quibus caſtrenſia peculia, *&c. C. qui teſt. fac. poſſ. n.* 26.

Late explicatur Auth. vt liceat matri, & auia. §. 1. collat. 9. a n. 27.

Reprobatur interpretatio doctiſſimi Decij, ibidem.

Lex non debet in dubio intelligi, vt procedat in eo caſu, quo caret ratione dubitandi. num. 28.

Legis virtus in futura tendit. num. 29.

Late explicatur l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis, quæ liberis. a nu. 30.

Explicatur mens Imperatoris in l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ. cur ſcilicet declarauit filiosfam. non poſſe teſtari de bonis, quorum vſusfructus patri non acquiritur. num. 32.

Reprobatur ſubtilis interpretatio Decij ad dictum §. filijs autem, a nu. 33.

Inter concedere, & prohibere eſt medium, quod dicitur, non prohibere, ibidem.

Dictio taxatiua appoſita vni actui, per argumentum à contrario ſenſu vel inducit actum contrarium, vel ſaltem aliquid diuerſum diſpoſitiuum, num. 34. vel ſi inducit aliquid negatiuum, non debet tamen reincidere in membrum taxatum, numero 35.

Aſſignatur alius intellectus ad dictum §. filijs autem. num. 36.

Argumentum à contrario ſenſu in lege noua inducit correctionem iuris antiqui, ſi aliàs non manet otioſum, ibidem.

Reprobatur Decius dum putat perſonam filijfam. eſſe habilitatam de iure ad teſtandum de bonis, in quibus patri non quæritur vſusfructus. a nu. 37.

Explicatur l. Imperator, 50. *ff. ad S.C. Trebell. num.* 38.

Explicatur l. vlt. §. neceſſitate, C. de bonis, quæ liberis. num. 39.

Explicatur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 97. §. 10. verſ. & queremos. nu. 41.

Explicatur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 98. §. 5. nu. 42

D. l. cum multa, loquens de Imperatore, & Auguſta. intelligitur etiam de Rege, & Regina, ibidem.

Explicatur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 81. §. 3. verſ. Porem. nu. 43.

Explicatur notabiliter Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 83. §. 1. ibi ſfillofam. que ſoldado for *&c. a n.* 44.

Filiusfam. miles, vt miles, non habet peculium quaſi caſtrenſe, ſed ſimpliciter caſtrenſe. n. 45.

Vnus, & idem filiusfam. poteſt habere peculium caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe. n. 46.

Filiusfam. indiſtincte teſtari poteſt attento iure communi de peculio caſtrenſi. nu. 47.

Quomodo id procedat apud Luſitanos, ibidem cum nu. ſeqq.

Ordinat. Luſitana, lib. 4. tit. 97. §. 9. ibi: para caualaria, *&c. eſt correctoria iuris communis, ibidem.*

Valet hæc conſequentia, filiusfam. aliquid tenetur conferre, ergo de eo teſtari non poteſt. n. 48.

Quomodo apud Luſitanos intelligatur caſtrenſe id, quod a patre donatur filiofam. militi. nu. 49.

Apud Luſitanos reſtrictior conceditur facultas teſtandi filijsfam. quam attento iure communi. numer. 50.

Explicatur Ordinat. Luſitana lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1. dum filijsfam. teſtari permittit de caſtrenſi peculio, a num. 47. & omnino. numero 78.

Filijfam. habent hæredem ab inteſtato in bonis l. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, & in reliquis, quæ vel pleno iure, vel quoad proprietatem tantum acquirunt. a nn. 51. & 56. & ſeq. & 58.

Explicatur latiſſime Auth. de hæredibus ab inteſtato, §. 1. cum ſequentibus collat. 9. a nu. 52.

Bona caſtrenſia olim inteſtato filio pater in ſolidum acquirebat, excluſis etiam liberis defuncti. nu. 54. & 61. ad fin.

Bonorum caſtrenſium, vel quaſi, & aduentitiorum, quæ pleno iure filijsfam. quærebantur, poſtquam ad eorum liberos peruenerant, vſusfructus aui acquiritur, in cuius ſunt poteſtate. nu. 55.

L. per curatorem, §. 1. aliàs l. per procuratorem, §. 1. ff. de acquirend. hæredit. quomodo hodie procedat, ibidem.

Principium Inſt. quibus non eſt permiſſ. fac. & l. 3. l. 4. C. de bonis, quæ liberis, & l. vlt. C. communia de ſucceſſ. dum præferunt fratres defuncti, ipſius parenti, emendantur nouiſſimo iure Auth. nu. 58.

Succeſſio iure peculij in bonis filijfam. demortui, iam non habet locum, niſi in profectitijs. nn. 59.

Explicatur l. filiusfam. 18. *ff. ad legem Falcid. numer.* 60.

An filijfam. in ijs bonis, de quibus non poſſunt teſtari, & in quibus habent hæredes legitimos; poſſint eos rogare ab inteſtato. n. 61.

Regula l. Diui, 6. §. codicillos. ff. de iure codicillorum ſemper fuit obſeruata. eodem. n. 61.

L. pater 17. *ff. de caſtrenſi peculio an, & in quo ſit emendata. n.* 62.

Explicatur l. 1. ff. quando de peculio actio annalis eſt, quando nunc procedat, ibidem.

Explicatur l. pater, 7. §. 1. ff. de peculio caſtr. numer. 63.

Vt edictum, ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, *habeat locum contra eum, qui poſſidet; requiritur, vt poſſideat vere, vel ſimulate, tamquam hæres legitimus. n.* 64.

Ampliatur l. 1. §. non quærimus, verſ. toties, & l. vlt. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſt. ibidem.

Vt pater nunc tranſmittat bona filij inteſtati caſtrenſia, quaſi caſtrenſia, & reliqua, quæ vel pleno iure, vel quoad proprietatem filius quærit; requiritur aditio: ſecus de iure antiquo, numero 65.

In ſucceſſione iure peculij, quæ fictio verſabatur. ibidem.

Explicatur latiſſime l. ſeruum filij, 44. ff. de legatis, lib. 1. à num. 66. cum ſeqq. & quomodo iam hodie procedere poſſit. nu. 32.

Explicatur itidem latiſſime l. proponebatur, ff. de caſtr. pecul. ibidem.

Pater in bonis caſtrenſibus filij quomodo olim cenſebatur dominus, etiam in vita filij. à nu. 67.

Explicatur l. filiusfam. 14. ff. de caſtrenſi peculio ibidem.

Explicatur lex ſi ſeruus communis, 18. ff. de ſtipul. ſeruorum, quod non procedat in patre iure peculij ſuccedente, ibidem.

Quando pater olim legabat rem filij caſtrenſem, vt ſuam legabat. nu. 68.

Bene poteſt interpretari diſpoſitio paterna ſub conditione ſi filius præmoriatur, quando ſit contra votum parentum. nu. 69.

Pater inſtitutus in rebus caſtrenſibus filijfamil. etiam olim vt in omnino alienis ſuccedebat. numero 70.

Explicatur lex vltima, ff. de caſtrenſi peculio. numero 71.

L. cum rem alienam, 10. verſ. quod ſi ſuam, C. de legatis, non habet locum in libertate ſeruo alieno relicta, quem teſtator ſuum putabat, ibidem.

Explicatur l. 1. verſic. vlt. ff. de caſtrenſi peculio. num. 73.

Explicatur regula l. vlt. C. de hæredibus inſtituend. cum ſimilibus, quando dicit quod hæres hæredis, antiqui teſtatoris eſt hæres. ibidem.

An Auth. de hæredibus ab inteſtato, §. 1. collat. 9. procedat apud Luſitanos. à nu. 74.

Apud Luſitanos ius patriæ poteſtatis ſoluitur per legitimas nuptias, ibidem.

Filius naturalis patris plebei apud Luſitanos cenſetur legitimus, & cum legitimis ſemper ſuccedit, vel ſine illis. nu. 75.

Pater apud Luſitanos in ſui filijfam. inteſtati bonis vt hæres ſuccedit. ad Ord. Luſitanam lib 4. tit. 91. in princip. & quæ vtilitas exinde colligatur, à num. 76.

Pater apud Luſitanos in ſucceſſione filij excludit fratres defuncti, ſimiliter & quilibet aſcendens, ibidem.

Ius commune apud Luſitanos ſeruatur pro lege, quando contrarium non eſt conſtitutum; aut ſtylo, vel conſuetudine Regni receptum: niſi materia peccati ſit, quia tunc teſtatur iure Canonico. num. 77.

Filiusfam. teſtans de caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus, apud Luſitanos tenetur parentes inſtituere; & quomodo id intelligatur. numero 78.

Explicatur Ordin. Luſitana, lib. 4. tit. 91. §. 1. ibidem.

Filiusfam. in expeditionibus teſtans adhuc hodie poteſt patrem præterire citra metum querelæ ibid.

CAPVT V.

Ventilatur quæſtio, Vtrum filiusfam. poſſit teſtari de bonis, quæ eidem acquiruntur ex diſpoſitione l. cum multa, C. de bonis quæ liberis, &c.

1 CRebriori † calculo recepta ſententia affirmantem partem ſequitur, ut tradit Crotus in repetitione l. frater a fratre, ff. de condictione indeb. n. 112. vbi eandem ſequitur Bapt. Caccialup. nu. 103. Gulielm. Benedict. in cap. Raynutius, verbo, matrem, n. 17. plures refert, & ſequitur Luſitanus Caldas, in l. ſi curatorem, C. de in integr. reſtit. minorum, verb. læſis, n. 108. eandem amplectitur Gomez in §. actiones, n. 15. Inſt. de actionib. agnoſcit Vigl. in principio, Inſt. quibus non eſt permiſſ. facere teſt. n. 16. ante finem. Decius, in l. penult. C. qui teſtam. fac. poſſ. n. 8. cum ſequenti.

2 Quæ communis † ſententia in primis ſuadetur ex d. l. cū multa, vbi Iuſt. conſtituit ita: *filiusfam. tamen conſtitutus, vel conſtituta habeat huiuſmodi res omni acquiſitione abſolutas, nemini eas acquirat: neq; earum vſumfructum pater, vel auus, vel proauus ſibi vendicet: ſed ad ſimilitudinem caſtrenſis peculij omnem facultatem in eas filij, vel filiæfam. habeant*, &c. Quibus verbis clare oſtendit Imp. bona hæc ſe habere ad inſtar peculij caſtrenſis; conſtat autem ijs omnibus permiſſam eſſe actiuam teſtamenti factionem, qui peculium habent quaſi caſtrenſe, §. vltimo, Inſt. de milit. teſt. ibi: *Noſtra ed conſtitutio latius extendens, permiſerit omnibus in eiuſmodi peculijs teſtari quidem*, &c. ergo de præfatis bonis, quæ ad ſimilitudinem bonorum caſtrenſium ſunt redacta, filiusfam. teſtari ualet.

Præterea confirmatur ex Auth. Vt liceat matri, & auiæ, §. 1. collat. 8. ibi: *Res autem ita relictas, ſiue donatas, poſitis ſub poteſtate perſonis (ſiquidem perfectæ ſint ætatis: licet ſub poteſtate ſint) licentiam habeant quo volunt modo diſponere*, &c. Si ergo filijsfam. permittitur diſponere quomodo velint de bonis, in quibus parentibus non quæritur vſusfructus, & conſequenter teſtari, vt tenet Decius, vbi ſupra, n. 6. & clarius n. 12. à fortiori id permittetur in dictis principalibus donationibus, quæ ſe habent ad inſtar peculij caſtrenſis.

Tandem

Digitized by Google

Tandem confirmatur ex l. vltima, §. filijs autem, C. de bonis quæ liberis, ibi: *Filijs autem fam. in his dumtaxat caſibus, in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes viuunt; nec eiſdem rebus teſtari permittimus*, &c, ergo à contrario ſenſu, de illis bonis quorum vſusfructus patri non acquiritur, teſtari permittitur: & conſequenter à fortiori de prædictis donationibus, in quibus nec parentibus vſusfructus acquiritur, inſuper & iure peculij caſtrenſis cenſentur.

3 Verum contrariam † ſententiam, immo filiumfam. de prædictis bonis teſtari non poſſe veriorem dicit Crotus, vbi ſupra, eandem ſequitur vir in legali peritia, & morum integritate eximus Benedictus Aegidius Luſitanus, in repetitione l. 1. C. de ſacroſ. Eccleſ. 1. part. §. 7. n. 14. quam & ego amplector, & ſuadeo

4 ſequentibus fundamentis. Nam †. in primis teſtandi prohibitio filijsfam. iniuncta, non ſolum ratione bonorum deficientium ex vi patriæ poteſtatis: ſed etiam iure publico introducta eſt, vt oſtendit I. conſultus in l. qui in poteſtate, ff. de teſtament. & ideo nec permittente patre, & bona condonante filiusfam. teſtari poterat, dicta l. qui in poteſtate, l. tam is, §. 1. ff. de donationibus cauſa mort. princip. Inſtit. quibus non eſt permiſſ. fac teſt. vbi late Doctores. Viglius à n. 7. & reliqui recentiores, Iul. Clarus, in §. teſtamentum, q. 18. in princip. & in verſ. 1. in vltimis verbis, & aperte id conſtituit Iuſtinianus, in l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ. ibi: *nemo ex lege, quam nuper promulgauimus, in rebus, quæ parenti acquiri non poſſunt, exiſtimet aliquid eſſe innouandum & permiſſum fuiſſe filijsfam. cuiuſque gradus, vel ſexus teſtamenta facere: ſiue ſine patris conſenſu bona poſſideant*, &c. & ibi: *ſed antiqua lex per omnia obſeruetur*. &c. Quibus verbis oſtendit teſtandi facultatem filijsfam. inhiberi, non ſolum ratione bonorum, ſed ratione etiam perſonæ iure publico inhabilis, ergo dum hæc generis prohibitio expreſſe non corrigitur, in terminis l. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, &c. correcta non cenſebitur.

5 Deinde † confirmatur, quia conſtitutio dictæ l. cum multa, prius exijt, quam l. vlt. C. de bonis quæ liberis, & multo prius, quam l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ. nam edita fuit à Iuſtiniano Conſtantinopoli, Lampadio, & Oreſte Conſulibus, vt patet ex eiuſdem ſubſcriptione: & in ea reſcribitur Iuliano Præfecto Prætorio, conſtat ex epygraphe. At in l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis, quæ liberis, & ab eodem Iuſtiniano reſcribitur Ioanni Præfecto Prætorio, vt patet ex epygraphe: quod contigit poſt Conſulatum Lampadij, & Oreſtis; vt colligitur ex Faſtis Conſularibus, & Chronologia Roman. nouiter annexa Pandectis ſub ſigno Aquilæ renouantis; quæ probatio legitima eſt ex his, quæ Bald. per textum ibi, in l. 1. ff. de officio Quæſtoris, vltra Doctores ordinarios notat Decius, in l. 1. nu. 21. ff. ſi cert. petat. plures refert, & ſequitur Gama ſenator Luſitanus, deciſ. 335. n. 7. colligitur etiam aperte, ex inſcriptione, & ſubſcriptione l. vlt. C. de inoff. teſtam. l. antepenult. l. penult. l. vlt. C. qui teſtam. facer. poſſ. quæ ſubſcriptio caſu defecit in d. l. vlt. C. de bonis quæ liberis, &c. Certum etiam eſt, quod poſt eandem l. vlt. C. de bonis quæ liberis, in qua agebatur de libera diſponendi poteſtate, quam filijſfam. habebant in bonis, quorum nec vſusfructus parentibus quærebatur; ſuperuenit dicta l. penult. C. qui teſtam. fac poſſ. vt ex eius litera conſtat, & agnoſcit gloſſa prima ibidem, in vltimis verbis. Decius, n. 2. & fere reliqui: in qua Iuſtinianus in vniuerſum conſtituit, amplam diſponendi poteſtatem filijsfam. elargitam de bonis pleno iure quæſitis, non eſſe extendendam ad teſtamenti actiuã factionem, quinimmo ſeruanda iura antiqua, quæ id generaliter, & indiſtinctè interdicebant; & conſequenter filijſfam. de bonis prouenientibus ex Imperiali liberalitate, quæ ante conſtitutionem dictæ l. penult. eiſdem pleno iure obuenerant, teſtari non poterunt.

6 Tandem † dicta l. cum multa, collocatur ſub tit. de bonis, quæ liberis, &c. in quo non agitur de facultate teſtandi filijsfam. concedenda: ſed potius, & dumtaxat de acquiſitione, vel quoad proprietatem tantum, vel etiam pleno iure filijs concedenda; ſic limitata regula l. placet, ff. de acquir. hæredit. vnde in dubio debet intelligi ſecundum Rubricam, ſub qua ponitur, iuxta ea, quæ late tradit Decius, in l. 1. n. 9. ff. ſi cert. petat. Nec contrarium euincunt verba dictæ l. cum multa, ibi: *ad ſimilitudinem caſtrenſis peculij*, &c. vt ex infra dicendis apparebit.

Satisfaciamus nunc aduerſæ ſententiæ fun-
7 damentis; & in primis † pro ſolutione primi aduerte, quod licet filijsfam. multarum legũ, & conſtitutionum beneficio, peculia quaſi caſtrenſia data ſint, vt inquint Vlp. in l. 1. §. nec caſtrenſe, ff. de collatione bonorum, non ob id tamen ijſdem ſtatim permittitur actiua teſtamenti factio, vt patet ex §. vlt. Inſt. de teſtam. milit. ibi: *Cum ad exemplum caſtrenſis peculij, tam anteriores leges, quam principales conſtitutiones, quibuſdam quaſi caſtrenſia dederant peculia: & horum quibuſdam permiſſum fuerat, etiam in poteſtate degentibus teſtari*, &c. Vnde antiquitus non ſequebatur; filiusfam. habet peculium quaſi caſtrenſe, ergo de illo teſtari poteſt.

8 Et ſecundum † hoc debet explicari Vlp. in l. filiusfam. 7. §. vlt. verſ. vlt. ff. de donationibus, vbi inquit: *Cæterum, qui habent caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe, in ea conditione ſunt, vt donare, & mortis cauſa, & non mortis cauſa poſſint, cum teſtamenti factionem habeant.* vt ſcilicet filij fam. qui habent peculium quaſi caſtrenſe, de eo teſtari poſſint, quando ab aliqua lege, vel principali conſtitutione ſpecialiter permiſſum fuerit, iuxta dictum §. vltim. Inſt. de teſtam. milit. & l. vlt. C. de inoff. teſtam. ibi: *in tali igitur peculio, quod quaſi caſtrenſe appellatur, quibuſdam perſonis licentia conceditur condere quidem teſtamenta*, &c. & ibi: *Quia non omnibus paſſim, ſed quibuſdam perſonis, hoc priuilegij loco conceſſum eſt*, &c. & ita non omnibus peculium quaſi caſtrenſe habentibus generaliter teſtari permittebàtur.

9 Præterea aduerte, † quod hanc facultatem teſtandi, quam aliquot anteriores conſtitutiones filijsfam. conceſſerant, de bonis quaſi caſtrenſibus, extendit Iuſtinianus ad plures caſus, in quibus filij fam. peculium habent quaſi caſtrēſe, vt colligitur ex §. vlt. Inſt de teſt. mil. ibi: *Noſtra id conſtitutio latius extendens*, &c. quæ eſt in l. vlt. C. de inofficioſo teſtam. Dum igitur Iuſtinianus in dicto §. vlt. dicit, ſe in ſua conſtitutione prędictam permiſſionem ad plures caſus extendiſſe, neceſſario ſupponit, non aliter filiofam. habenti peculium quaſi caſtrēſe permiſſam eſſe teſtandi licentiam, niſi vel denuo ſpecialiter permittatur, à lege, vel appareat cōceſsū in dicta Iuſtiniani, cōſtitutione ex verbis, aut mente ipſius, vt inferius latius oſtendemus. Vnde adhuc hodie, non ualet dicta conſequentia, filiusfam. habet peculium quaſi caſtrenſe, ergo de eo teſtari valet.

Vt igitur cognoſcamus an inter caſus dictę l. vlt. C. de inoff. teſt. ex verbis, aut ratione ipſius, debeat etiam connumerari caſus dictæ l.
10 cum multa, ſuppone † dictam l. cum multa, editam fuiſſę ante l. vlt. C. de inoff. teſt. nam, vt patet ex ſubſcriptione, promulgata fuit Cōſtantinopoli Lampadio, & Oreſte Conſulibus: at dicta l. vlt. ſimiliter Conſtantinopoli, ſed poſt Conſulatum Lampadij, & Oreſtis. Vnde ſolicite enmerando caſus, in quibus filijsfam. peculium quaſi caſtrenſe habentibus, & de eodem vel anterioribus legibus, vel ſua noua cōſtitutione teſtari permittit, ſi mens Iuſtin. in d. l. vlt. fuiſſet, vt filijfam. qualequale peculium quaſi caſtrenſe habentes, indiſtincte teſtari poſſent, debebat etiam meminiſſe caſus dictæ l. cum multa, quam ipſe antea ediderat, & erat in recenti obſeruatione, in qua donationes principum filijsfam. factæ iure quaſi caſtrenſium cenſebantur. Sed conſulto hunc caſum omiſit ex infra dicenda ratione. Conſtat igitur ex verbis dictæ l. vlt. C. de inoff. teſtam. non comprehendi caſum l. cum multa.

11 Et quod nec † etiam in eius ratione contineatur, exinde ſuadetur: quia in dicta l. vlt. illis tantum filijsfam. in peculijs quaſi caſtrenſibus teſtari permittitur, qui ſunt in imaginaria quadam militia, vt inquit Viglius in §. vlt. Inſt. de teſtam. milit. nu. 1. nam loquitur de Proconſulibus, Præfectis legionum, Præſidibus prouinciarum, & omnibus generaliter, qui in diuerſis dignitatibus, vel adminiſtrationibus poſiti, à principis manu, vel ex publicis ſalarijs conſequuntur largitates. vt patet ibi, *& omnibus generaliter, qui in diuerſis dignitatibus, vel adminiſtrationibus poſiti, à noſtra conſequantur manu, vel ex publicis ſalarijs quaſdam largitates, &c.* agnoſcit Luſitanus Caldas, in l. 3. C. de in integr. reſtit. minorum, verb. læſis, nu. 98. & nu. 101. verſ. magis cauendum ergo quidquid filij fam. ex principali liberalitate nanciſcuntur, niſi in aliqua adminiſtratione ſunt poſiti, quamuis peculium quaſi caſtrenſe fiat, (vt in dicta l. cum multa) non comprehendetur in l. vlt. C. de inoff. teſt. vt de eo teſtari valeant.

13 Deinde eadem facultas teſtandi filijsfamil. conceſſa de peculio quaſi caſtrenſi, in dicta l. vlt. porrigitur ad patronos cauſarum, memoriales, & agentes in rebus: necnon magiſtros ſtudiorum liberalium artium, archiatros quoque, & alios omnes omnino, qui ſalaria, vel ſtipendia percipiunt publica, vbi Imperator requirere videtur duo copulatiue concurrentia; vt filius fam. de peculio quaſi caſtrenſi teſtari poſſit: primum, & præcipuum, vt perſona ſit in imaginaria quadam militia, & exercitio quaſi militari, nam omnia hæc fere officia militiæ dicuntur, vt colligitur ex l. illud, C. de collationibus, l. Lucius, 22. ff. de legatis, lib. 2. eleganter Tellius Hiſpan. ad l. 26. Tauri, à nu. 6. Alciat. lib. 8. Parerg. cap. 5. Taurellus, tract. de militijs, Connan. lib. 4. comm. cap. 15. nu. 12. Cuiac. in l. 3. §. ſi quid minori. ff. de minoribus. plures refert inſignis Luſitanus Aluar. Vallaſcus. in tract. de partit. & collat. cap, 13. nu. 60. vbi explicat, quæ fuerint iſtæ militiæ. Secundum, vt ſalarium, vel ſtipēdium percipiat publicum, innuit Decius, in l. vlt. nu. 4. C. qui teſtam. fac. poſſunt, tradit elegans gloſſa, verb. caſtrenſe, in l. fori, 4. C. de aduocatis diuerſorum iudiciorum, gloſſa verb. caſtrenſibus, in §. 1. Inſt. per quas perſonas nobis acq. & vtrumque deficit in terminis dictæ l. cum multa, vt apparet.

12 Nec † obſtat dicta l. vlt. C. de inoff. teſt. in verſ. in his itaque, ibi: *In his itaque omnibus ſancimus, quibus ad imitationem peculij caſtrenſis, quaſi caſtrenſe peculium ſuperuenit: omnibus, qui*

tale

tale peculium poſſident, ſuper ipſis tantumodo rebus, quæ quaſi caſtrenſis peculij ſiunt, vltima condere poſſe elogia, &c. vbi videtur Imper. permittere omnibus filijsfamil. qui peculium habent, ad inſtar caſtrenſis, teſtandi poteſtatem, & conſequenter in terminis dictæ l. cum multa.

Etenim reſpondetur, Iuſtinianum in dicto verſ. in his itaque, ſolum reducere in epylogum, quæ præfatus fuerat: nam dictio *(itaque)* ſuapte natura breuem omnium præcedentiũ collectionem inducit. Item & dictio *(in his)* ſicut & dictio *(huiuſmodi)* ad præcedentia refert ſequentem diſpoſitionem, vt innuit gloſſa, verbo, qui rem, per textum ibi, in Auth. Qui rem, C. de ſacroſ. eccleſ. Latè comprobat Decius ibidem, nu. 15. Vnde colligitur, Imp. in dicto verſ. in his, non conceſſiſſe generaliter filijsfam. teſtandi facultatem de bonis quibusuis quaſi caſtrenſibus, ſed de ijs tantum, quæ ratione officij, vel exercitij quaſi militaris percepta talia dicerentur: ſicut caſtrenſia appellantur illa, quæ filiusfam. ratione vel occaſione militiæ acquirit, l. miles filiusfam. 5. l. caſtrenſe, 11. ff. de caſtrenſi peculio. l. 1. C. eo-
13 dem tit. lib. 12. cum alijs. At † bona de quibus loquitur dicta l. cum multa, non quidem dicuntur quaſi caſtrenſia, ratione exercitij quaſi militaris, (ibi enim agitur de donationibus à Principe factis filiofam. ſimpliciter) ſed potius ratione dantis, quia ſcilicet proueniunt à manu Principis; atque ita priuilegium, quod ad inſtar caſtrenſium cenſeantur, bonis ipſis iniungitur, quoad effectus, de quibus infra; non verò habet initium à perſona filijfam. vnde nihil mirum, quod de ipſis teſtari nequeat, cum pleniſſima, quantum maxime, proprietas bonorum non ſufficiat, niſi perſona habilis reddatur, iuxta l. penult. C. qui teſt. facere poſſ. Cum igitur in dicta l. cum multa, priuilegium bonis tantum à Principe donatis indulgeatur, non verò perſonæ filijfam. donatarij; ſequitur filiumfam. etiam quoad illa manere in antiqua prohibitione teſtandi.

14 Nec obſtant † vltima verba dictæ l. cum multa, ibi: *Vt enim Imperialis fortuna omnes ſupereminet alias; ita oportet Principales liberalitates culmen habere præcipuum.* Quibus Imper uidetur innuere, quod liberalitas principalis filijsfam. collata, non ſolum adimit parẽtibus vſusfructus acquiſitionem, & filijsfam. liberam inter viuos diſponendi poteſtatem largitur, ſed & teſtandi facultatem: nam quælibet alia priuati donatio poterat efficere, ne vſusfructus patri quæreretur, Auth. Vt liceat matri, & auiæ, in princip. coll. 8. Auth. Excipitur, C. de bonis, quæ liberis.

Facile enim occurres, ſi aduertas, tempore, quo exijt in lucem dicta l. cum multa, ſolum in fauorem filiorumfam. extare conſtitutionem eiuſdem Iuſtiniani, in l. cum oportet, C. eodem tit. de bonis quæ liberis, &c. in qua bonorum aduentitiorum ſola proprietas filijsfam. inhærebat, vſusfructus verò ad patrem
15 commeabat. Vnde † prima bona, quæ filijsfam. tibi pleno ac directo iure quæſiuere, fuerunt illa, quæ à principe donantur, iuxta dictam l. cum multa & ideo merito tunc temporis dicitur, donata à Principe filijsfam. omnes priuatorum donationes in eiſdem terminis factas excedere: nam, quod etiam in donatis à priuato poſſit pater donatarij priuari vſusfructu, notiſſimo Authenticorum iure introductum eſt, vt patet ex dicta Auth. Excipitur, & ex corporis, vnde ſumitur.

16 Immo † etiam nunc, quoad prædictum effectum, donatio Principis excedit donationes priuatorum: nam hæ non impediebant vſusfructus acquiſitionem, niſi à donantibus vel relinquentibus exprimeretur, dicta Auth. Excipitur, & corpus, vnde ſumitur, vt etiam conſtituit legiſlator Luſitanus, lib. 4. tit. 98. §. 1. At donatio principis, qua ſimpliciter talis, hunc effectum operatur, dicta l. cum multa. Menchac. de ſucceſſ. creat. §. 26. ex nu. 2. & 5. Caſſanæus in Catalog. glor. mund. 5. parte. conſid. 24. priuileg. 154.

17 Si † autem quæras, cur Imper. in dicta l. cum multa, prædictas Imperiales donationes redegerit ad inſtar bonorum caſtrẽſium, mihi videtur id propterea effeciſſe, quia cum tunc temporis plena bonorum acquiſitio filijsfam. interdiceretur, ne ſcilicet ipſorum perſonis inhæreret: vt prærogatiua imperialium donationum inſolens, & inaudita non appareret, contra regulas iuris antiqui, illo velamento cooperuit, vt cenſerentur iure quaſi caſtrenſium bonotum, & ita effugerent parentum acquiſitionem, argumento l. cum oportet, verſ. ſic etenim, ſupra eodem tit. de bonis quę libetis, &c. vnde manifeſte colligitur, mentem Imperatoris in eo conſtitiſſe, vt bona illa ſubtraheret tantum ab acquiſitione paterna; non vero, vt de illis etiam filiusfam. donatarius teſtari poſſet. Vnde merito ſequebatur huiuſcemodi bona in ſe eſſe aduentitia, ſicut in l. Imper. ff. ad Trebell. quod non percepit inſignis Caldas Luſitanus, in l. 3. C. de in integr. reſt. verb. læſis, nu. 107. verſ. rurſus, & ita merito vocabantur ab antiquata Ord. Luſitan. lib. 4. tit. 77. §. 8. cuius verba nunc in repetita prælectione ſunt immutata forſan ob præfati Doctoris ſententiam, & id immerito, vt ex dictis & dicendis colligetur.

18 Ex † dictis ſatis colligitur, de bonis dictæ l. cum multa, C. de bonis, quę liber. non poſſe filium-

filiumfam. teſtari: & conſequenter adhuc ho-
die non ſequi, filiusfam. habet peculium quaſi
caſtrenſe, ergo de eo teſtari poteſt: niſi huius
peculij prærogatiua, quæ quaſi caſtrenſe dici-
tur, proueniat ab exercitio, ſiue gradu perſona-
li, in quo quaſi militare videatur: nam priui-
legium teſtandi filijsfam. conceſſum, non à
qualitate bonorum (vt ſupra probauimus) ſed
potius perſonæ debet oriri.

Vnde ſi filiusfam. in eo exercitio perſtiterit,
in quo ſecundum iuris diſpoſitionem militare
cenſetur, rectè ad hunc caſum ducetur teſtan-
di permiſſio, ex dicta l. vlt. C. de inoff. teſt. in-
nuit Ioſephus Gonzalez Flor. cap. 12. var.
19 quæſt. n. 8. & hinc prouenit, quod † filijs-
fam. clericis teſtari permittitur, in Auth. Preſ-
byteros. C. de Epiſcop. & cleric. & in l. ſacro-
ſanctæ, 32. ſupra eodem tit. nam iſti ſunt in
militia quadam cæleſti, vt eſt gloſſa commu-
niter approbata in l. miles, 6. verbo, facere po-
teſt, ff. re iudicata faciunt quæ Euerardus, in
centuria legali loco 56. ſatis in terminis com-
probat, Caldas in d. l. 3. C. de in integr. reſt.
verb. leſis, n. 103. ſatis innuit Imp. in Auth. de
ſanctis. Epiſcop. §. presbyteros. Collat. 9. nam
poſtquam in §. præcedenti, verſ. ſancimus au-
tem, iuſſit vt clerici inplerent omne miniſte-
rium eccleſiaſticum, ſtatim eis ſubiūgit teſtan-
di facultatem de bonis intuitu, vel occaſione
illius miniſterij quæſitis, non verò de alijs; vt
merito tenet Bart. in dicta l. ſacroſanctæ, ar-
gumento l. ſi forte, 8. ff. de caſtrenſi pecul.
cum ſimilibus, vbi quod non intuitu, vel occa-
ſione militiæ donatur, vel relinquitur filio-
fam. militi, peculio caſtrenſi non aggregatur
gloſſa. verb. caſtrenſibus, in §. 1. Inſt. per quas
perſonas nobis acquiritur. Conſtat igitur pri-
uilegium bonorum in dicta Auth. Presbyte-
ros, ortum habuiſſe ab exercitio perſonæ,
& de illis tantum poſſe teſtari, quæ ab illo mi-
niſterio, vel occaſione ipſius proceſſere, quid-
quid contradicat Couar. & alij relati per Io-
ſeph. Gonzalez Flores, cap. 12. var. quæſt. n.
10. vbi ſine concludenti ratione conſtituit dif-
ferentiam inter armatos, & cæleſtes milites.
Late etiam per Luſitan. Caldas, d. verbo, læ-
ſis, n. 103. quorum fundamentum facile elu-
ditur: de qua teſtandi facultate videndus eſt
Decius in l. ſenium, C. qui teſt. facere poſſ. Vi-
glius in principio, nu. 18. Inſt. quibus non eſt
permiſſ. fac teſt.

20 Hinc † etiam corroboratur ſententia gloſ-
ſæ, verbo, caſtrenſi, in l. fori, 4. C. de aduo-
catis diuerſorum iudiciorum, vbi putat aduo-
catum filiumfam. poſſe teſtari de bonis, quæ
percipit ex officio ſuo, quamuis non ſit de pu-
blico ſolario; vt alias loquebatur l. vlt. C. de
inoff. teſt. notat gloſſa, verbo caſtrenſibus, in
§. 1. Inſt. per quas perſonas nobis acquiritur;
& dictam gloſſæ ſententiam ſequitur Bald. &
reliqui, in d. l. fori. Decius in l. vlt. n. 4. C. qui
teſtam. fac poſſ. Iul. Clarus in §. teſtamentum,
q. 18. verſ. ſed quid de ſalario ſentit doctiſſim.
Peregrin. conſ. 84. n. 1: dum inquit, aduoca-
tus quidquid acquirit, ratione ſui officij, eſſe
quaſi caſtrenſe. Latè Ioſephus Gonzalez Flo-
res, cap. 12. var. quæſt. nu. 8.

Mouetur gloſſa ex eo, quod lucra, quæ à
priuatis intuitu officij filiusfam. aduocatus per
cipit, ſubrogata ſunt loco publici ſalarij: &
conſequenter ſicut de hoc, ita de illis teſtari po
terit, iuxta regulam §. fuerat, Inſt. de actioni-
bus, cum ſimilibus. Verum hoc fundamen-
tum non ſatisfacit: nam facultas teſtandi fi-
lijsfam. aduocatis cōceſſa, non à bonis proceſ-
ſit, ſed à pſona in exercitio quaſi militari cōſti-
tuta: vt ſupra probauimus, & infra oſtēdemus:
vnde fruſtra hoc totum refert gloſſa ad bona.

At Decius vbi ſupra, mouetur ex dicta l. fo-
ri, ibi: *Quidquid ex huiuſmodi profeſſione, vel ip-
ſius occaſione quæſiuerint*, vt ibidem notat Bald.
& reliqui, & iuuat l. 1. §. in honorarijs, ff. de
varijs & extraordin. cogn. ibi: *Vt pro modo li-
tis, proque aduocati facundia, & fori conſuetudi-
ne, & iudicij, in quo erat acturus, æſtimationem
adhibeat*, &c. vbi aduocatis à priuatis ſalaria
præſtari iubentur, quibus alias de quæſitis etiã
occaſione officii ſui teſtari permittitur. Facit
tandem, quia ſicut peculij caſtrenſis eſt, quid-
quid occaſione militiæ acquiritur, l. miles fi-
lijsfam. 5. ff. de caſtrenſi peculio, l. 1. & l. cum
allegas, C. eodem tit. lib. 12. ita etiam pecu-
lij quaſi caſtrenſis erit, quod occaſione officij
percipitur, & in terminis noſtris tenet Alber.
in dicta l. fori, plures, de quibus Decius in di-
cta l. vlt. num. 5.

Verum hoc etiam Decij, & relatorum fun-
damentum ſolum reſpicit qualitatem bono-
rum; quæ vt diximus non ſufficit, vt quis teſta-
ri poſſit, non tamen exprimit genuinam ratio-
nem, ob quam de illis filiusfam. aduocatus te-
21 ſtetur: vnde ex dictis colliges † hoc totum
pendere ab exercitio quaſi militari, vt oſtendi
mus ex l. aduocati 14. C. de aduocatis diuerſ.
latè comprobat inſignis Vallaſc. tract. de par
tit. cap. 13. n. 160. & ante eum Luſitanus, &
Caldas, in l. 3. C. de in integr. reſt. min. ver-
bo, læſis, à nu. 98. cum ſequenti. vbi plurimos
in id congerit, & ſatis innuunt Cæſares, in di-
cta l. fori, ibi: *Ad exemplum militum*, &c. vbi
non ſolum dixere tale peculium cenſendum
iure caſtrenſis, ſed etiam ad exemplum mili-
tum, vt videatur priuilegium ratione exercitij
emanaſſe, vt alias de ſilentiarijs tradit Imper.
in l. vlt. C. de ſilentiarijs, lib. 12. ibi: *Iubemus
clariſſimorum ſilentiariorum præditos militia*,
&c.

Digitized by Google

&c.&ibi: *Per militiam, vel quamlibet huiuſmo-*
di cauſam, his acquiſita ſunt, vel fuerint, iure ca-
ſtrenſis peculij poſſidere. &c. vnde ſilentiarij me-
rito de hoc peculio quaſi caſtrenſi teſtari po-
terunt. Idem de Palatinis dicendum eſt, ſi
quando in palatio, vel parcimonia propria,
vel ex donis principis aliquid conſequuntur:
nam totum hoc peculium, vt caſtrenſe æſti-
mabitur, & de eo teſtari poterunt adhuc in
22 poteſtate patria; ſic † declarata l. vnica, C.
de caſtrenſi omnium palatinorum peculio,
lib. 12. idque ex ratione, quam exprimit Cæ-
ſar ibi: *Sed nec alieni ſunt à puluere, & labore ca-*
ſtrorum, qui ſigna noſtra comitantur, qui præſto
ſunt ſemper actibus, &c. & ad hos Palatinos ple-
no iure ſpectant, quæ vndecunque quæſiue-
rint ratione ſui miniſterij, argumento l. vlt.
C. de ſilentiarijs, hoc eodem lib. & eorum
quæ ſupra tradidimus, ſiue etiam à patre pro-
ficiſcantur. ad quod faciunt, quæ tradit inſi-
gnis Vallaſc. Luſit. tract. de partit. ca. 13. nu.
167. Vnde Ord. Luſitanam, lib. 4. tit. 97. §.
9. iuncto præcedenti, eſſe correctoriam iuris
cõmunis, apparet, dum conſtituit ita: *quando*
que diremos, que, o que for dado para cavalaria,
ou paço, ſe nam traga à collaçam, ſe entende, quan
do as couſas, que forem dadas, ſam ia gaſtadas &c.
id eſt *Hoc, quod dicimus, filijs à parentibus datum*
ad equeſtrem militiam, vel palatium, non eſſe con-
ferendum reliquis fratribus, intelligitur, quando
prædictæ res datæ iam ſunt conſumptæ, &c. qui-
bus verbis aperte oſtendit Ord. id quod pater
dat filio palatino occaſione palatij, non fieri
pleno iure filij, ſi extat: vnde tenetur confer-
re, & conſequenter à fortiori de eo teſtari ne-
quibit, attento eodem iure Luſitano; cuius cõ-
trarium tam reſpectu collationis, quã actuum
inter viuos, & vltimæ voluntatis etiam viuen-
te patre conſtituit, dicta l. vnica, iuncta gloſſa
ibidem, verbo præcipimus, & reliquis ſcribb.
necnon ijs, quæ ſupra diximus, vbi omne id di-
citur peculij quaſi caſtrenſis, quod etiam occa
ſione exercitij quaſi militaris vndecunque quę-
ritur. In eo tamen adhuc dicta l. vnica, apud
Luſitanos manebit incorrecta, quod filiuſ-
fam. palatinus non à patre, ſed vel à principe,
aut aliundè intuitu palatij acquirit: quod nec
reliquis fratribus conferet; immò de eo ad li-
bitum diſponere poterit, donando, diſtrahen-
do, teſtando: quamuis iam palatium non ob-
ſeruent, ſed optat quiete ſint donati, l. 2. ad fi-
nem, C. de priuilegijs eorum, qui in ſacro pa-
latio, &c. lib. 12.
23 Secundum quæ † etiam declarabis l. vlt. C.
de caſtrenſi peculio, lib. 12. vbi conſtituitur
ſcriniarios, & exceptores, & reliquos, qui in
officio principis merentur, habere ius caſtren-
ſis peculij, vt ſcilicet intelligatur de eodem
poſſe teſtari in poteſtate patria: nam priuile-
gium huius peculij oritur ab officio; & exer-
citio, in quo quaſi militant, vt inquit dicta l.
vlt. ibi: *ac ſi in legione prima adiutricis noſtræ*
Reipub. militent, &c. vbi potius lege, adiutri-
ces; argumento l. 1. C. profeſſoribus &c.
lib. 10.

Ex quibus omnibus conſtat filiumfam. ad-
uocatum poſſe teſtari de ijs, quæ ex officio
ſuo, vel occaſione ipſius acquiſiuerit, quamuis
non percipiantur ex publico ſalario, vel ſtipen
dio, argumẽto l. 1. C. de caſtr. peculio, lib. 12.

Nec obſtant quę ſupra notauimus ex l. vlt.
C. de inoff. teſtam. vbi quoad cauſarum patro-
nos, vt peculium diceretur quaſi caſtrenſe, re-
quirebatur; quod perciperetur ex publico ſa-
24 lario, vel ſtipendio. † Satisfit enim ſi aduer-
tas, quod principaliter intenditur in peculio
quaſi caſtrenſi quoad teſtandi facultatem, vt
percipiatur ratione, vel occaſione exercitij
quaſi caſtrenſis, in quo filiusfam. verſatur; vt
ſupra probauimus. Quod autem percipiatur
ex publico ſalario, vt volebat dicta l. vlt. C. de
inoff. teſt. vel id prouenit ex eo, quod ex prę-
ſtatione ſalarij publici, exercitium approbe-
tur; vnde poſtquam conſtiterit approbatum
eſſe, nihil intererit, an tale peculium ex publi-
co; vel priuato ſalario coaleſcat: vel ſi omni-
no requiratur, quod de publico ſit perceptum;
ſufficiet, vt ſubrogatione tale dicatur, & tunc
recte aptatur ratio gloſſæ, verbo, caſtrenſe, in
l. fori, 4. C. de aduocatis diuerſ. iudiciorum.
aut ſufficiet approbatio legis taxantis tale pri-
uatum ſalarium, quaſi de publico præſtaretur,
vt fit in l. 1. verſ. in honorarijs, ff. de varijs, &
extraordinar. cognit. & apud Luſitanos eſt
Ord. lib. 1. tit. 91. per totum; apud Hiſpanos,
l. 9. tit. 18. partita 5. foret enim ſatis graue Rei
pub. ſi omnibus neceſſarijs officialibus ſalaria
de publico præſtarentur; nec eſſet ſatis gratio
ſum ipſis officialibus, ſi de publico tantum te-
ſtari valuiſſent, non etiam de eo, quod occaſio-
ne officij licitę quæſiuiſſent; & quod diximus
de aduocato, intellige etiam in Doctore, ex di-
ctis, & ijs, quæ tradit Peregr. conſ. 84. nu. 1.
idem latè comprobat Caldas, d. verb. Læſis,
num. 100.
25 Infertur † tandem medicos filiosfam. poſſe
teſtari de ijs, quæ acquirunt ex ſuo officio, vel
occaſione ipſius, quamuis non ſit ex publico,
vt alias requiri innuit Imp. in dicta l. vlt. C.
de inoff. teſt. gloſſa, verbo, caſtrenſibus, in §.
1. Inſt. per quas perſonas nobis acquir. Decius
in l. vlt. nu. 4. C. qui teſt. fac. poſs. & quod de
publico aliquando ſalaria obtinerent, probat
Imper. in l. Archiatri, C. de profeſſoribus, &
medicis, lib. 10. & quod hoc ſit quaſi caſtren-
ſe, probat Peregr. conſ. 84. nu. 1. Caldas Luſi-
tanus

tanus d. verb. Læſis, nu. 101.

Nam id, quod in aduocatis ſupra diximus, ad hunc etiam caſum porrigendum eſt, & nõ ſolum peculium quaſi caſtrenſe ad prædictum effectum dicetur, quod de publico medicus perceperit, ſed & illud, quod ſani offerunt pro obſequijs præſtitis, iuxta dictam l. archiatri, & etiam ea, quæ exigere poſſunt, l. 1. verſ. medicorum, ff. de varijs, & extraord. cognit. l. medicos, ad finē, C. illo tit. de profeſſoribus, & medic. etenim medici etiam militant, morbos enim propulſant malitia, & contagio infeſtos, & eos militare inquit Imper. in l. vlt. C. de profeſs. & medic. ibi: *Inter archiatros militarunt*, &c. Vnde quidquid ex officio quaſi caſtrenſi quæſiuerint, peculium quaſi caſtrenſe dicetur, vndecunque proueniat, argumento l. 1. C. de peculio caſtrenſi, lib. 12. tradit in ſimili Decius, in l. vlt. nu. 5. C. qui teſtam. fac. poſs. vbi refert plures in eandem ſententiam.

Ex quibus omnibus colligitur, quod ſi priuilegium ad inſtar caſtrenſis peculij, bonis tantum detur, nõ verò à perſona quaſi militantis ad bona deriuetur, vt euenit in terminis dictæ l. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, non poterit filiusfam. de eiſdem teſtari, vt ſupra probauimus ex l. vlt. C. de inoff. teſtam.

26 Videtur † tamen obſtare l. vlt. C. qui teſt. fac. poſs. ibi: ***Omnes omnino, quibus Caſtrenſia peculia habere, ex legibus conceſſum eſt, habeant licentiam in ea tantummodo vltimas voluntates condere, &c.*** Quaſi indiſtinctè nunc velit Imp. filiumfam. de quolibet peculio, quod ſit ad inſtar caſtrenſis, poſſe teſtari, quamuis prærogatiua talis, ſoli peculio indulgeatur: nam Imp. ſtatim ſe reſtrinxit ad formam præſcriptam in dicta l. vlt. C. de inoff. teſt. vt ſubiecit ibi: ***ſecundum noſtræ conſtitutionis tenorem, quæ talibus teſtamentis de inofficioſi querela immunitatem præſtauit***. quæ quidem quomodo procedat, iam explicauimus.

27 Deinde † pro parte affirmatiua noſtræ principalis quæſtionis, non facit Auth. Vt liceat matri, & auiæ, §. 1. coll. 9. quia tantum loquitur in diſpoſitione inter viuos, vt ibidem notat gloſſa, verbo, diſponere, & in l. qui in poteſtate, verbo, nihilomagis, ff. de teſtam. & certe illa libera facultas magis ad adminiſtrationem, quam teſtationem refertur, iuxta Græcam, & authenticam lectionem, de qua Viglius in dicto princip. Inſt. Quibus non eſt permiſs. fac. teſt. nu. 16. Immò prout iacet, ſatis oſtendit plenam libertatem diſponendi ibi cõceſsã filijsfam. reſtringi omnino ad actus inter viuos, inquit enim: *ſi perfectæ ſint ætatis*, &c. Quibus verbis ſatis innuit, agi de alienatione inter viuos, quam vt filiusfam. in prædictis bonis libere exercere poſſit, requiritur, quod ſit perfectæ ætatis, id eſt, vigintiquinque annorũ, quæ ætas caret reſtitutione, l. eum filiofam. 50. verſ. ego quidem, ff. de legatis lib. 3. l. vlt. C. de his, qui veniam ætatis, &c. & ita conſiderat Alex. in l. penult. C. qui teſt. fac. poſ. & Additionator ad Bart. in dicta l. qui in poteſtate, litera F.

Nec prædictam conſiderationem eneruat reſponſio Decij in dicta l. penult. nu. 5. C. qui teſt. fac. poſ. vbi inquit, præfata verba: *perfectæ ætatis*, ſecundum ſubiectam materiem intelligi debere de 14. annis. Replicamus enim, quod vltra quam quod prædicta verba regulariter ſoleant intelligi de 25. annis, vt notat aliàs gloſſa, verbo, ætatis, in l. vlt. §. neceſſitate, C. de bonis, quæ liberis. ex eo inſuper ſuadetur: quia perperam Imper. meminiſſet perfectæ ætatis, ſi ageretur de concedenda filijsfam. teſtandi facultate: nam eo ipſo, quod teſtari permittebatur, iam certum erat, & indubitatum, implendum fore decimumquartum ætatis annum, l. qua ætate, ff. de teſtamentis, & ita
28 † maneret lex de indubitabili, contra regulã l. quod Labeo, ff. de Carbon. edicto, & contra ea, quæ ipſe Decius late tradit in l. illam, C. de collationibus. à nu. 3. Loquitur igitur Imper. de perfecta ætate quoad adminiſtrationem; Quod ſatis patefecit in verſ. ſi vero, vbi ita inquit: ***Si verò ætate minores ſint, per quem perſpexerit teſtator, aut donator, hæc gubernentur, donec illi, quibus donata ſunt, aut relicta, ad perfectam ætatem veniant***, &c. Quibus verbis, & ſequentibus clare oſtendit, ſe dum requiſiuit in filiofam. perfectam ætatem, vt liberè poſſet diſponere, non reſpexiſſe ad ætatem 14. annorum ad teſtandum, ſed potius ad maiorem 25. annorum ad adminiſtrandum: & ideo ſubiungit, quod ſi minor 25. annis ſit, tunc non ipſe, ſed alius talia bona adminiſtret. vera igitur ratio dubitandi in dicta Auth. Vt liceat, §. 1. ea fuit, an ſcilicet libera diſpoſitio bonorum, quæ pleno iure liberis in poteſtate acquiruntur, ſimpliciter ſit accipienda; an vero ſecundum regulas iuris, quæ agunt de bonis minorum, vt non alias minores liberè de ijs diſponant, niſi poſtquam exceſſerint 25. ætatis annum? & reſpondet Imp. dicta bona propria quidem eſſe filiorumfam. & de iiſdem poſſe ad libitum inter viuos diſponere, & adminiſtrare, dum etiam ſint in poteſtate patria; ſi perfectæ ætatis ſint, hoc eſt, ſi ſunt maiores 25. annis.

Vnde merito dicere poſſumus, exceptis caſibus, in quibus ſpecialiter filijsfam. teſtari permittitur, omnino aliàs prohiberi; & ideo inquit gloſſa, verbo, potius, ad finem, in l. tam is, §. 1. ff. de donationibus cauſa mort. quod circa perſonas condentes vltimam voluntatem nihil inuenitur diminutum, aut immutatum.

Quod

Digitized by Google

Quod intellige in dubio: generalitas enim dictæ l. penult. C. qui teſt. fac poſ. omnia com-
29 plectitur: & † eius virtus, ſicut & reliquorum legum in futura tendit, l. leges, 7. C. de legibus, l. vlt. C. de vſuris. Decius in 2. lect. l. quod te. nu. 34. ff. ſi certum pet. & in ſpecie Alex. in dicta l. penult.

30 Vltimum † fundamentum aduerſæ ſententię ex dicta l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis, quę liberis, non obſtat: nam vltra reſponſionem Viglij, in dicto princip. Inſt. quibus non eſt permiſs. nu. 16. quæ reſpectu dictæ l. cum multa, (vt ipſe agnoſcit) nequaquam procedit.

Aduerte non agere Imp. in dicto §. filijs autem, de concedenda filijsfam. teſtandi facultate de rebus, quorum vſusfructus patri non quęritur, nec id conueniebat Rubricæ, ſub qua collocatur, vt ſupra tetigimus: ſed potius de denegandа qualibet omnino alienatione, ſiue inter viuos, ſiue per vltimam voluntatem, earũ rerum, in quibus patri vſusfructus quæritur, vt patet ibidem. Argumentum autem a contrario ſenſu, ex vi dictionis taxatiuæ deductum, quod Viglius vbi ſupra, & Decius, in l. penult. nu. 8. C. qui teſt. fac. poſ. agnoſcunt, ſolum concludit, quod de rebus, in quibus vſusfructus parentibus non acquiritur, filiusfam. teſtari poteſt, ſi reliqua neceſſaria concurrant, ſcilicet, perſonæ habilitas; quod autoritate, & ratione conuinco: nam poſt §. filijs autem, prodijt in lucem dicta l. penult. C. qui teſt. fac. poſ. vt ſupra oſtendimus, & ex ipſius litera cõſtat, vbi expreſſe denegatur teſtamenti factio filijsfam. etiam de bonis, quæ ipſis pleno iure acquiruntur; & ita argumentum à contrario ſenſu deductum ex dicto §. filijs autem, nequaquam valeret, vt ita reſoluens tradit in ſpecie Bart. in l. qui in poteſtate, n. 2. ff. de teſtamentis, tradit. Dynus, & Cynus, in dicta l. penult. vbi latiſſime Iaſ. à nu. 1. gloſſa, verbo; dumtaxat, in dicto §. filijs, & in Auth. vt liceat matri, & auiæ, §. 1. verbo, diſponere, coll. 9. Bauerius, in §. vlt. Inſt. de milit. teſt. vbi etiam pungit Vigl. Idem Vigl. in princip. Inſt. Quibus non eſt permiſs. fac. teſt. nu. 16. Longa Doctorum ſerie, per quos eſt communiſſima ſententia, id confirmat Iul. Clarus, in §. teſtamentum, q. 18. verſ. 1.

31 Deinde † ratione conuinco. Etenim filiusfam. antiquitus non poterat teſtari, quia nihil peculiare habebat, ac ſibi plene quæſitum. vt probat Vlp. in fragmentis, tit. de teſtamentis, §. filiusfam. notat Benedict. Ægidius, in dicta Repet. l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ. 1. part. §. 7. nu. 5. poſtea vero, non ſolum ratione bonorum, ſed etiam perſonæ, eiſdem teſtari interdictum fuit, l. qui in poteſtate, ff. de teſtam. l. tam is, §. 1. ff. de donat. cauſa mort. l. penult. C. qui teſt. fac. poſ. inde conſtat duplici impedimento filiumfam. adſtringi, ne teſtamentum faceret, quorum primum tollere cępit dicta l. vlt. C. de bonis quæ liberis, & aliæ leges, eiuſdem tituli, quæ agunt de bonis filijsfam. pleno iure quæſitis. Secundum vero impedimentum ratione perſonæ adhuc manſit, de hoc enim remouendo nequaquam agit lex aliqua illius tituli, de bonis, quæ liberis, &c.

Quo poſito, argumentum à contrario ſenſu, de quo agit dictus §. filijs autem, ſic procedit, filijsfam. de bonis, quorum vſusfructus patri quæritur, teſtari; vel aliqualiter inter viuos alienare non permittitur; de illis verò, quorum vſusfructus patri non quæritur, teſtari poterunt, ſi habilitas perſonæ ſupponatur, vel ſuperueniat: hoc eſt, iam bona libera non deſunt, quorum defectus filijsfam. oberat, iuxta ſupradicta: & ita bonorum duntaxat impedimentum ad teſtandi poteſtatem, ſublatum eſt in dicto §. filijs autem.

32 Et quia plenaria † iſta bonorum acquiſitio filijsfam. conceſſa, quodammodo videbatur teſtandi facultatem indulgere; ſucceſſit ſtatim dicta l. penult. C. qui teſt. fac. poſ. quæ declarauit, quod licet iam in præfatis terminis bonorum deficientium impedimentum in filijsfam. ceſſaret, attamen ratio iuris publici adhuc ſuadebat, ne filijfam. teſtarentur, exceptis caſibus, in quibus hoc eis ſpecialiter permittitur.

33 Nec ſuſtineri poteſt † ſubtilis alia ſolutio Decij, in dicta l. penult. nu. 8. iunctis ijs, quæ ipſe tradiderat in l. 1. nu. 53. cum ſequenti. ff. de officio eius, cui mand. &c. ſupponit ipſe, argumentum a contrario ſenſu non includere contrarium eius, quod exprimitur, quando inter vtrumque extremum datur medium: quale reperitur inter permittere, ſiue concedere, & prohibere, quod dicitur non prohibere; vt latè tradunt Doctores, in l. 2. §. vlt. ff. ſoluto matrim. vbi inſignis Barboſa Luſitanus, à princip. quo vno relato, plurimos refero; inde infert Decius, quod in dicto §. filijs autem, argumentum a contrario ſenſu ita deducendum eſt: filiusfam. non poteſt de ijs duntaxat bonis teſtari, quorum vſusfructus patri quæritur, ergo à contrario ſenſu rectè ſequitur, non prohiberi de illis teſtari, quorum vſusfructus patri non acquiritur, non vero deducetur, ergo de his teſtari permittitur. Atque ita licet per illam legem filiusfam. non prohibeatur teſtari de bonis pleno iure quæſitis, prohibetur tamen per aliam ſcilicet per dictam l. penult.

34 Etenim † occurrendum eſt, quod dictio taxatiua, ſuapte natura, vel contrarium actum, vel ſaltem aliquid diſpoſitiuum operatur,

ratur, hoc eſt, non debet manere in terminis, ac ſi appoſita non eſſet, aut otiaretur: conſtat autem, quod ſi in dicto §. filijs autem, argumētum à contrario ſolum euinceret, ne filiusfam. per illam legem teſtari prohiberetur de bonis ſibi pleno iure quæſitis, maneret omnino otioſa dictio taxatiua, de qua ibi, reſpectu facultatis teſtandi; quod non videtur dicendum, nec ipſe Decius vult. Quapropter ſi illa non prohibitio virtualiter eſt diſpoſitiua, manet in illis terminis libertas teſtandi filijsfam. conceſſa: nam regula iuris eſt, quod poſſint omnes teſtari, quibus ſpecialiter non prohibetur: edictum enim de teſtando prohibitorium eſt, vt notant omnes in Rubrica, Inſt. quibus non eſt permiſſ. fac. teſt. vbi Vigl. n. 3.

35 Iinmo, & † ſi argumentum à contrario ſenſu non induceret aliquid diſpoſitiuum, ſed mere negatiuum, quando ſcilicet inter duo extrema eſt medium negatiuum vtrorumque; veluti eſt præteritio inter inſtitutionē, & exhęredationem, vt agnoſcit Dec. in dicta l. 1. nu. 54. tunc, quando taxatio apponitur vni extremo, & à contrario ſenſu alterum non inuoluitur, medium neceſſario eligitur, tanquam quid diſtinctum, & diuerſum ab vtroque extremo: ne vel contra ſententiam Decij nuper rime citati, extremum contrarium in effectu veniat, & non medium; vel, ne ſit otioſa ipſa taxatio, vt diximus.

Secundum, ſi in dicto §. filijs autem, taxatio, illam non prohibitionem teſtandi, quam Decius interpretatur, non retinet diſtinctam à vera prohibitione teſtandi filijsfam. aliàs iniuncta, quæ erat alterum ex duobus extremis, prohibere ſcilicet, & permittere, ſiue concedere iam, vel nihil operaretur omnino, perinde ac ſi appoſita non eſſet: vel etiam in cōtrario ſenſu applicaretur in effectu alteri ex dictis extremis, nimirum prohibitioni teſtandi; quorum vtrumque contra naturam taxatiuæ eſt, & contra ea, quæ ſupra notauimus, etiam ex eiuſdem Decij ſententia: nam in exēplo propoſito inſtitutionis, & exhæredationis, medium quod eſt præteritio, ſuos effectus importat diſtinctos, ab ijs, quos extrema ſcilicet inſtitutio, vel exhæredatio, operantur. Vnde, ſi dictio taxatiua, in dicto §. filijs autem, aliquid efficere debet, influet neceſſariò in aliqualem habilitatem perſonæ filijfam. circa teſtamenti factionem, quæ habilitas, vt minus obſit iuris principijs, intelligenda eſt ſecundum noſtram interpretationem.

36 Vel tandem, † ſi malueris, aliter, nec inutiliter intellige dictum §. filijs autem, quod ſcilicet, cum taxatiua generaliter præponatur, & poſtea ſequatur tam actus ſupremi iudicij, quam contrahentium inter viuos, vt patet ex litera: argumentum à contrario ſenſu ſumendum eſt ex eo membro, in quo non inducatur iuris antiqui correctio: ceſſat enim neceſſitas correctionis, quando argumentum à contrario ſenſu poteſt verificari in alijs: nam conſtans eſt Doctorum ſentententia, tunc præfatum argumentum correctionem iuris antiqui introducturum, quando aliàs in lege noua maneret omnino otioſum, tradit Bart. in l. obſeruare, §. proficiſci, in 3. quæſt. ff. de officio Proconſulis, Alex. & alij, in dicta l. 1. ff. de officio eius, vbi etiam notat Decius, dicto n. 53. in princip. & ita ad illum text. etiam reſpondebat Alex. vt refert Iaſ. in d. l. pen. n 3. verſ. contra tamen.

37 Ex dictis † etiam venit repellendus idem aliàs doctiſſimus Decius, in dicta l. penult. n. 12. C. qui teſt. fac. poſſ. vbi inquit, in omnibus bonis, in quibus patri non quæritur vſusfructus, eſſe iam habilem perſonam filijsfam. ad teſtandum; hoc enim falſum eſt: nam antiqua iura ſemper ſeruanda fore etiam in dictis bonis, ſanxit Imper. in dicta l. penult. & adhuc manet impedimentum patriæ poteſtatis illæſum, & Auth. vt liceat matri, §. 1. coll. 9. nequaquam illud remouit, quoad facultatem teſtandi, ſed dumtaxat ad libere adminiſtrandum, & diſponendum inter viuos, vt latè ſupra oſtendimus: idque ne maneret illuſoria plenaria illorum bonorum acquiſitio.

38 Nec † quidquam efficit in contrarium l. Imperator, 50. ff. ad S. C. Trebel. ibi: *Poſt decreti autem authoritatem, in ea hæreditate filio militi comparari debuit*, &c. Etenim neceſſariò intelligitur comparatio quoad adminiſtrationem, & diſpoſitionem inter viuos, vt ſatis textus explicat ibi: *Si res a poſſeſſoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oportet*, &c. vbi innuit gloſſa, verbo, filio militi. tradit late Luſitanus Caldas, in l. 3. verbo, læſis, num. 96. C. de in integrum reſtitutione minorum, & in dicta l. Imper. tradit Bart. quem ſequitur Iaſ. in d. l. penult. num. 3. verſ. ſeptimo facit. Accedit: quia eo ipſo tempore, quo emanauit deciſio dictæ l. Imperator, & multo poſt in dicta l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ. teſtandi facultas denegata erat ſimpliciter filiofam. in quibusuis bonis, etiam, aliquando quaſi caſtrenſibus, vt ſupra oſtendimus. Tandem in dicta l. Imper. bona ipſa dumtaxat manebant priuilegiata abſque reſpectu, & contemplatione perſonæ filijfam. qui nullatenus militare cenſebatur: vnde ex hoc etiam capite non poterat de illis teſtari, vt ſupra quoque probauimus; nec bona ſimpliciter quaſi caſtrenſia erant, vt ibidem notat Paul. num. 3.

39 Nec † denique l. vit. §. neceſſitate, C. de bonis, quæ liberis, &c. concedit filiofam. perſonam

ſonam

Digitized by Google

ſonam legitimam ad teſtandum, ſed tantum ad experiendum in iudicio, vt luce clarius eſt ex verbis textus, in quo ſolum agitur de interponendo conſenſu paterno ad prædictum effectum, & quod filius ſit maior 25. annis; & ibidem oſtendit gloſſa magna, & verbo, ætatis: nam ad teſtandum non diſputatur, an debeat conſenſus paternus accedere, vel non; vel quod ſit filius 25. annorum, ſed quod liberè teſtetur, non aliunde mutuato conſenſu; & cum pubes tantum fuerit, id eſt, 14. annorum, l. 1. C. de Sacroſ. Eccleſ. iunctis ijs, quæ tradit Vigl. in princip. Inſt. quibus non eſt permiſſ. nu. 9. l. qua ætate, ff. de teſtamentis, & quod perſona filij fam. ad teſtandum non ſit legitima, tenet Clarus, in §. teſtamentum, q. 18. in princip. & ſupra in initio probauimus, in dictis etiam terminis.

40 Ex quibus † hucuſque deductis patet, filium fam. de bonis, quæ ipſi acquiruntur ex conſtitutione l. cum multa, C. de bonis quæ liberis, non poſſe teſtari. Similitudo autem caſtrenſium bonorum, qua vtitur Imperat. id tantum euincit, vt liberè de illis inter viuos diſponat, ad exemplum caſus, de quo dicta l. Imperator, ff. ad Trebell. ex peculiari ratione, quæ ex dicta ſimilitudine deducitur, vt ſupra tetigimus. Quod poſtea idem Iuſtinianus ſimpliciter conſtituit, in l. vlt. C. de bonis quæ liberis, & in Auth. Vt liceat matri, & auiæ, in princip. & §. 1. & in alijs locis. Euincit etiam ne veniant in collationem, l. 1. §. nec caſtrenſe, ff. de collatione bonorum, l. vltima, verſ. vltimo, C. de collationibus. Hęc enim, & ſimilia priuilegia bonis tantum iniunguntur, ſicut in dicta l. Imperator, ff. ad Trebell. Teſtamenti autem factio actiua tunc in quaſi caſtrenſibus locum habebit, quando filiusfam. fuerit in aliqua imaginaria militia, & ob id bona ipſius dicantur quaſi caſtrenſia: uel quando aliter ei fuerit ſpecialiter conceſſum.

41 Hinc inferes † declarationem ad Ord. Luſitanam, lib. 4. tit. 97. §. 10. verſ. & queremus, vbi ita inquit. *E queremos, que os ditos caſamentos, e merçes de aiuda para elles, ſe regulem, quomo ſe foſſem bens quaſi caſtrenſes, E nam tenham natureza de bens profectitios*, &c. id eſt, *& volumus, quod dictæ dotes, vel beneficia illas adiuuantia cenſeantur, ac ſi eſſent bona quaſi caſtrenſia, & non habeant naturam bonorum profectitiorum*, &c. vbi loquens de donatis à principe non conferendis, manifeſtè deducitur ex d. l. cum multa, iūcta d. l. 1. §. nec caſtrenſe, & l. vlt. verſ. vlt. C. de collat. atq; ita intelligenda eſt iuxta ſupradicta, vt ſcilicet bona, de quibus loquitur, exiſtimentur quaſi caſtr. ad effectum, ne conferantur, de quo agit, & ſimiles: non tamen vt de illis filiusfam. teſtari poſſit, de hac enim teſtandi facultate nequaquā agit d. Ord. immò ſupponit iam filios ſui iuris morte patris eſſe effectos, cum agat de collat. bonorum, & diuiſione inter fratres; a qua coll. voluit legislator Luſit. eximere liberalitates principis; & amplius apparet ex illis verbis, *& nō tenham natureza de bens profectitios*, &c. id eſt, *& non habeant naturam bonorum profectitiorum*, &c. vbi ſatis aperit intentionem ſuam eſſe, ne bona iſta tamquam profectitia, vel parētibus acquirerentur, l. cum oportet, C. de bonis quæ liber. §. 1. Inſt. per quas perſonas nobis vel conferrentur, l. vt liberis, 17. C. de collat. Vtrumq; igitur denegauit legislator, dicens eſſe quaſi caſtrenſia, priuilegium ipſis dumtaxat bonis dando, non perſonæ, & ideo de illis filiusfam. teſtari non poterit, iuxta ſupra dicta.

42 Et ad confirmationem † prædictæ interpretationis perpendes aliam Ord. Luſit. lib. 4. tit. 98. §. 5. dum inquit, *o quinto caſo he, ſe no dermos alguma couſa ao filho, quer mouel, quer de raiz*, &c. id eſt, *& quintus caſus eſt, ſi nos dederimus aliquam rem filio, ſiue ſit mobilis, ſiue ſoli*, &c. vbi percurrens caſus, in quibus vſusfructus patri non acquiritur, ſubiungit quintum caſum, ſcilicet, ſi quis aliquid obtinuerit à Sereniſſimo Principe, quę Ord. aperte deducitur ex d. l. cū multa, & tātum meminit horum bonorum ad effectum impediendi parentibus vſusfructus acquiſitionem: quaſi hoc ſimpliciter à iure intēdatur; & conſequenter mentionem aliàs quaſi caſtrenſium eſſe dumtaxat ad talem effectum citra dubitationem demonſtrandum, ex ratione, quam ſupra notauimus. Hanc autem Ord. d. §. 5. ampliabis etiam procedere in ijs, quæ filisfam. donantur à pijſſima Auguſta, ſiue Regina, vt patet in d. l. cum multa, ibi: *vel a pijſſima Auguſta* &c. ex qua deductam fuiſſe pręfatam Ord. diximus: nam ſicut de iure d. l. cum multa, loquens de Imperat. intelligitur etiam de rege, vt latè comprobat ex receptiori ſententia Luſit. Caldas, in d. l. 3. C. de in integr. reſtit. min. verb. læſis, n. 106. poſt med. ſicut aliàs ad terminos l. penult. C. de donat. inter virum, & ad l. Bene à Zenone, C. de quadriennij præſcript. probat Duennas. Regula 238. limit. 5. ſequitur Cald. vbi proximè, in fine. Ita etiam loquens de Auguſta intelligetur de Regina, quinimmo intelligetur etiam de ducibus, & ſimilibus princip. qui ſuperiorem nō recognoſcunt argumento eorum, quæ tradit Caſſanæus, in Conſuetud. Burg. Rubr. 1. §. 5. interpretatione vltima n. 14.

43 Inferes † præterea neceſſariam declarationem ad Ordin. lib. 4. tit. 81. §. 3. verſ. porem. vbi ita inquit: *Porem dos bens caſtrenſes, ou quaſi caſtrenſes podera liuremente diſpor*, &c. id eſt, *At tamen filiusfam.* (de quo loqui cęperat) *de bonis*

caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus poterit libere teſtari.&c. vt ſcilicet intelligatur, iuxta l. vlt. C. qui teſt. fac. poſ. & §. vlt. Inſt. de milit. teſtam. vnde deducta eſt. Hæc autem iura, a quibus Ord. deducitur, ſe omnino referunt ad l. vlt. C. de inoff. teſt. in qua, vt ſupra oſtendimus, non de quibuſuis bonis, quæ priuilegium habent quaſi caſtrenſium, filiofam. teſtari conceditur, ſed de ijs tantum, quæ priuilegium habent ratione perſonæ, quæ quaſi militare videtur. Cum autem bona d. l. cum multa, ex priuilegio ipſis duntaxat conceſſo, quaſi caſtrenſia dicantur, ad effectum ſcilicet, vt patriam acquiſitionem omnino, ac ſimpliciter effugerent: ſequitur Ord. d. §. 3. verſ. porem, non poſſe etiam intelligi de his quaſi caſtrenſibus, ſed de iis, quæ ſupra enumerauimus.

44 Inferes † tandem elegãtem declarationem ad Ord. Luſitanam, lib. 4. tit. 83. §. 1. ibi: *O fillo familias, que ſoldado for, podera liuremente teſtar dos bens caſtrenſes, ou quaſi caſtrenſes,* &c. id eſt, *filiusfam. qui militauerit, poterit libere teſtari de bonis caſtrenſibus, aut quaſi caſtrenſibus,* &c. quæ quidem Ordin. dum dicit filiumfamil. poſſe teſtari de quaſi caſtrenſibus, non debet referri ad filiumfamil. paganum, id enim ſuo loco conſtituerat eodem lib. 4. titulo 81. §. 3. de qua ſupra egimus: vnde facultas teſtandi de bonis quaſi caſtrenſibus, de qua loquitur Ordin. d. §. 1. omnino refertur ad filiumfam. militem, quod probatur, tum reſpectu Rubricæ, ſub qua collocatur, quæ inſcribitur: *Dos teſtamentos dos ſoldados, e peſoas, que morrem na guerra,* id eſt, *de teſtamentis militum, & eorum, qui cadunt in bello*: iunctis iis, quę gloſſa, verbo, retractare, in l. 1. C. ne liceat in vna, eademque cauſa tertio prouoc. vbi notat Bald. Alex. conſ. 13. col. 5. lib. 3. faciunt quæ ex ſententia Bart. & aliorum tradit late Decius in l. 1. in 1. lect. n. 7. cum duobus ſequentibus, ff. ſi cert. petat. tum etiam ex verbis eiuſdem Ord. in d. §. 1. quæ ſupra retulimus, vbi manifeſte liberam teſtandi facultatem, etiam de quaſi caſtrenſibus refert ad militem filiumfam. & clarius patefacit eadem Ord. in verbis ſequentibus, ibi. *E iſto ſe entenderà da quelles ſoldados, que tem legitima edade de 14. annos,* &c. id eſt, *& hoc* (ſcilicet quod poſſit teſtari de caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus, quod immediate ante dixerat) *intelligetur de illis militibus, qui habent legitimam ætatem 14. annorum,* &c. ergo facultas teſtandi de quaſi caſtrenſibus, & quam immediate præconceſſerat filiofam. de milite omninò intelligitur.

45. Conſtat † etiam verum militem filiumfamil. non quaſi caſtrenſe, ſed caſtrenſe peculium habere poſſe: quantumuis ſit veteranus, vt exprimit Imperat. in lege vltima, verſic. quia militibus, C. de inoffic. teſt. ibi: *Quia militibus,* quidem, & veteranis teſtamento facere in caſtrenſi peculio vndiq; conceſſum fuerat, &c. innuit gloſſa ibidem, verbo, non prohibetur, & verbo, quia: nec enim in ſolo iure legitur, quod ſimul bona caſtrenſia, & quaſi caſtrenſia, vero militi quam tali competãt: nam caſtrenſia uerè militans habet, quamuis militare deſijſſet, lege penultima, §. 1. iuncta gloſſa, verbo, paganus. ff. de caſtr. peculio, quaſi caſtrenſia, quaſi militans, ne veritas imagine adumbretur, argumento l. filio, quem pater, ff. de liberis, & poſthum. Atque ita filiusfam. quando vt miles teſtatur de bonis ſuis, nõ dicitur teſtari de quaſi caſtrenſibus, ſed potius

46 de caſtrenſibus: nam licet † dabile ſit, vt poſſit vnus, & idem filiusfam. vtrumq; peculium habere, veluti, ſi ante militiam aliquid acquiſiuit ex cauſis, quæ pariunt peculium quaſi caſtrenſe, iuxta l. vlt. C. de inoff. teſt. & poſtea in numeros militum relatus, ex caſtris aliquid acquirat, §. 1. Inſt. per quas perſonas nobis: vel ſi aliquid acquiſiuit ex caſtris, & poſtea non inhoneſte demiſſus datis terminis habilibus quaſi caſtrenſe de nouo quærat; & caſtr. & quaſi caſtr. ſimul obtinebit, vt innuit d. l. vlt. verſ. ſed hæc quidẽ, iunctis verbis præcedentibus, & ſequentibus. De vtroq; tamen peculio non teſtatur tamquam miles; quinimmo de altero tamquam miles, de altero vero ad inſtar militis.

Vnde ne dicamus, quod Ord. dicto tit. 83. §. 1. perperam meminerit bonorum quaſi caſtrẽſium, dum de eiſdem teſtandi facultatem concedit filiofam. ſi militauerit: eleganter intellige illius mentem fuiſſe explicare, quæ præ dixerat eodem lib. 4. tit. 81. §. 3. verſ. Porem, vbi generaliter ſtatuerat filiumfam. poſſe teſtari de bonis caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus, vt ſcilicet velit, tunc demum filiofam. facultatem competere teſtandi de caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus, ſi verè, vel fictè militauerit: verè, reſpectu caſtrenſium; fictè, reſpectu quaſi caſtrenſium; & ita in d. §. 1. Ordin. Luſitanæ caſtrenſia referuntur ad filiumfam. verum militem; quaſi caſtrenſia, ad quaſi militantem. Quod etiam accipe in vna, eademque perſona, ſi in ea vtrumque peculium extiterit, iuxta ſupradicta. Et ſecundum hæc colligitur legiſlatorem Luſitanum tunc conceſſiſſe filijsfamil. teſtandi facultatem de peculio quaſi caſtrenſi, quando aliqualiter militare cenſeantur; vnde non ſimpliciter ratione bonorum, ſed ratione exercitij perſonalis principaliter, conceditur filiofam. teſtandi poteſtas, quod erat intentum.

47. Illud obiter † notabis, etiam in confirmationem præcedentis interpretationis, q̃d licet attento iure cõi indiſtinctè filiusfam. de caſtrẽſi

peculio

peculio poſſet teſtari, iuxta diſpoſitionẽ totius tituli, ff. & C. de caſtr. peculio, §. illi autem, &c. ſed teſt. Inſt. de milit. teſt. ex ratione Vlp. in l. ſi quis filio, 6. §. vlt. ff. de iniuſto, rupto, idq; indiſtincte procedat, vndecumq; tale peculiũ quæratur, vt tradit Decius, in l. vlt. n. 5. C. qui teſt. fac. poſ. Attamen, attento iure Luſit. non indiſtincte de pecul. caſtr. teſtari poteſt: nam ſi pater filio ad bellũ donet, nõ poterit filius de tali re donata teſtari; qđ cõprobo ex Ord. Luſit. lib. 4. tit. 97. §. 7. iũcto §. 9. vbi inquit, qđ tunc filius non tenetur conferre, quod ei pater donauit ad bellum, ſi conſumpſit; verum ſi extat, vel filius factus eſt locupletior, tenetur cõferre. Quod etiam eſſe contra ius commune ad eandem Ord. notat prudentiſſimus Vallaſcus Luſit. tract. de partitionibus, & collat. ca. 13. n. 167. cum ſequenti ex quo ſequitur, non poſſe de tali re donata teſtari: etenim idipſum, quod confert, è re patris cenſetur, & conſequenter omnibus fratribus commune, ergo de illa teſtari nequit.

48 Et quod † filiusfam. non poſſit teſtari de eo, quod conferre tenetur, ex eo inſuper à fortiori ſuadetur: quia peculia aduentitia non cõferuntur, §. 1. Inſt. per quas perſon. l. placet, C. de bonis quę liberis, & tamen de illis filiusfam. teſtari nequit, l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis quæ liberis, & e. l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ. vbi in fortioribus terminis id docetur, vt ſupra oſtendimus, ergo a fortiori, recte ſequitur, non poſſe teſtari de eo, quod tenetur conferre, ſi extat, tamquam de re aliena.

49 Atque ita apud Luſitanos, † quod à patre donatur, tamdiu pleno iure filijfam. militis, intelligitur, quamdiu omnino cenſetur conſumptum; at attento iure communi, tamdiu filij intelligitur, quamdiu de eo diſponit, l. ſeruum filij, in fine, ff. de legatis, lib. 1. l. 2. l. proponebatur, ff. de caſt. pecul. elegans gloſſa, verbo, teſtam. in l. pater qui caſtrenſe, ff. de caſtr. peculio, elegantius Paulus de Caſtro, in l. filiusfam. nu. 2. ff. ad legem Falcidiam.

50 Vnde † ſequitur, apud Luſit. facultatẽ teſt. filij fam. conceſſam eſſe reſtrictiorem, quam inſpecto iure communi; in eo tamen quoad pecul. caſtr. adhuc filiusfam. teſtari poterit apud Luſitanos, & manebit incorrecta iuris communis diſpoſitio, quando aliunde, quam à patre filiusfam. bona habeat intuitu militiæ; quæ notanda ſunt ad Ordinat. Luſitanam, lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1. vbi indiſtincte permittitur filiofam. de bonis caſtrenſibus teſtari.

51 Pro coronide aduerte, † quod licet filij famil. non poſſunt teſtari de bonis, l. cum multa, C. de bonis, quæ lib. ſicut nec de reliquis aduentitijs, quæ pleno iure eiſdem acquiruntur, vt ſupra probauimus. In ijſdem tamen de reliquis aduentitijs, quorum vſusfructus patri quæritur, habebat ſucceſſores ab inteſtato filios, ſi quos relinquerint; ꝓbat expreſſe Auth. De hęred. ab inteſtato veniẽtib. §. 1. verſ. licet enim, collat. 9. ibi: *Licet n. defunctus ſub alterius poteſtate fuerit, tamen eius filij cuiuſcumq; ſexus ſint, aut gradus, etiam ipſis parentibus præponi præcipimus, quorũ ſub poſtate fuerit qui defunctus eſt in illis videlicet rebus, quæ ſecundum noſtras alias leges patribus non acquiruntur*, &c.

52 Vt autem hæc reſolutio † amplius aperiatur, aduerte primò, Iuſtinianum in d. §. 1. id cõſtituiſſe de nouo contra iuris rigorem in bonis aduentitijs: nam filiusfam. ſicut hæredem habere non poterat ex teſtam. l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ. ita nec ab inteſtato, vt ponit gloſſa, verbo, parẽtibus, in d. §. 1. Immò filiusfam. qui aliàs poterat hæredem ex teſtamento habere, l. vlt. de inoff. teſt. §. illis autem, verſ. ſed teſtari, Inſt. de milit. teſt. non habebat ab inteſtato, l. 1. l. 2. l. proponebatur. ff. de caſtrenſ. pecul. eleganter oſtendit Paul. I.c. in l. filiusfam. 18. ff. ad legem Falcid.

Hanc autem ſucceſſionem ab inteſtato conceſſit Imp. ad ſimilitudinem eius, quam conſtituerunt Impp. Theod. & Valentin. in l. 3. C. de bonis, quæ lib. circa dotes, & donationes ante nuptias; Quam cõſtitutionem ampliarũt Imp. Leo, & Antonin. in l. 4. C. eodem tit. circa ea, quæ ex matrimonio, vel ipſius occaſione filij fam. acquirunt, & tandem ad ſimilitudinẽ eius, quod idẽ Iuſt. conſtituerat, in l. vlt. C. communia de ſucceſſion. circa bona materna, & in princ. Inſt. quibus non eſt permiſſ. circa caſtr.

53 Deinde aduerto, † d. Authen. in §. 1. loqui dumtaxat de rebus quæ vel quoad proprietatẽ nudam, vel etiam pleno iure filijsfam. acquir. vt patet in relatis verbis, ibi: *In illis videlicet rebus, quæ ſecundum noſtras alias leges patribus non acquiruntur*, &c. At Iuſtin. leges nil antea diſpoſuerant de nouo in caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus, aut profectitijs: nam caſtrenſia, & quaſi iam præcipua filiorumfam. cenſebantur ab antiquo, l. 1. §. nec caſtrenſe, nec quaſi caſtrẽſe, ff. de collat. bonorũ profectitia autem ſemper parentum fuerunt, & nũc permanent, §. 1. Inſt. per quas perſonas, ibi: *Secundum antiquam obſeruationem*, &c. Leges itaq; Iuſtin. in aduẽtitijs diſpoſuerant, ne parentibus acquirerentur, l. cum oportet, l. cum multa, l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. Deinde probatur ex dicta Authen. in §. 1, ibi: *Nam in vſu harum rerum, qui debet acquiri, aut ſeruari, noſtras de his omnibus leges parentibus cuſtodimus*, &c. nam dum inquit ſeruandum eſſe vſumfructum parẽtibus in ijſdem, in quibus filijsfam. datur ſucceſſor, ſatis ſupponit, patres iam in vita illorum vſumfructum acquiſiuiſſe; illud enim ſeruatur, quod

quod quæſitum eſt, innuit gloſſa ibidem, ver-
bo, acquiruntur; ergo non loquitur de caſtren-
ſibus, vel quaſi, quæ ſemper pleno iure filio-
rumfam. fuere; vt innuit Imper. in d. l. cum
oportet, in fine. Ne obſtãt verba illa, ibi: *Qui
debet acquiri*, in d. § 1. nam reſpiciunt aduenti
tia, quæ viuentib. filijsfam. fuerant pleno iure
quæſita; vt inferius oſtẽdemus. Nec ẽt loquitur
de bonis, de quibus l. 3. l. 4. C. de bonis, quæ li-
ber. & l. vlt. C. cõmunia de ſucceſſ. quia quoad
ius ſuccedẽdi, plenè in ijſdem fuerat diſpoſitũ.
Vnde fallitur gloſſa, verbo, parentibus, in d.
§. 1. & reliqui, qui eam ſequuntur, dum putat
d. Auth. loqui de caſtrenſibus, vel quaſi ca-
ſtrenſibus, conuincitur enim ex ſupradictis.
Quamuis autem d. Auth. non loquatur de
caſtrenſibus, vel quaſi; nihilominus eius diſpo
ſitio à fortiori procedet in ijſdem, cum caſtren
ſia, vel quaſi magis ſint exempta ab acquiſitio
54 ne paterna. Attento † tamen iure antiquo an-
tẽ princip. Inſt. quibus non eſt permiſſ. fac.
filiofam. milite inteſtato decedente, pater eiuſ-
dem bona acquirebat excluſo nepote, vt eluſ-
cit ratio textus in l. per procuratorẽ, aliàs lege
per curatorem, 90. §. 1. ff. de acquir. hæred.
dum nepos inſtitutus à patre milite, acquirit in
ſolidum auo, in cuius poteſtate eſt; ergo ſi in-
teſtatus deſſidiſſet, pater eadem bona iure pe-
culij immediatè occuparet, l. 2. ff. de caſtr.
pecul. Idem dicas de peculio quaſi caſtrenſi,
& ſatis innuit d. l. 3. C. de bonis, quæ liberis,
in ſimili; & in terminis notat Vigl. in princip.
nu. 20. Inſt. quibus non eſt permiſſ. fac. teſt.
Bened. de Plumb. in repet. l. poſt dotem, n. 17.
ff. ſoluto matr. quẽ ſequitur Coſta in repet. §.
cum in bello, verb. patris, n. vlt. idque contra
Bart. Bald. Nouellum, & Iaſonẽ, quos refert.
55 Præterea aduerto, prædictorum † bono-
rum in quibus nepotes ſuccedunt patre ſuo,
excluſo auo, vſumfructum auo acquiri, in cu-
ius poteſtate ſunt: quamuis aliàs in ijſdem re-
bus in vita filij vſumfructum non haberet:
veluti in terminis l. cum multa, & l. vlt. C.
de bonis, quæ libes. Auth. Vt liceat matri, &
auiæ, in princip. collat. 8. idque ſuadent ver-
ba d. Auth. de hæredibus ab inteſt. §. 1. ibi:
Nam in uſu eorum, qui debet acquiri, aut ſeruari,
&c. Nam licet eædem res anteà effugiſſent
vſusfructus acquiſitionem; perſonæ tamen
mutatione, iam ſicut reliquorum aduenticio-
rum, vſusfructus auo quæretur; argumento
textus elegantis in d. l. per procuratorem, §. 1.
in vltimis verbis, ibi: *Quia caſtrenſia eſſe muta-
tione perſonæ deſierint*, & quod dico de aduen-
titijs, quorum anteà vſusfructus patri in per-
ſona filij non erat quæſitus, & nunc in perſona
nepotis auo quæritur, intelligo etiam in ca-
ſtrenſibus, vel quaſi, quia mutatione perſonæ,
talia eſſe deſierũt, vt deciditur in d. l. per procu
ratorẽ, §. 1. quæ lex licet ſecundum ius antiquũ
oſtendat pleno iure auo quæri, nunc ſecundũ d.
Auth. in §. 1. ſolum procedet, quoad vſum-
fructum, tam in cauſa teſtati, quam inteſtati.
56 Tandem aduerte, nepotes, † vel ceteros de-
ſcendentes, in terminis d. Auth. in §. 1. ſucce-
dere patri ſuo vt hæredes, vt patet ibi: *Tantam
de hæreditate morientis accipientes partem*, &c.
& probatur in ſimili, ex l. 3. C. de bonis quæ
liberis, & ibi: *Iure hæreditatis*, &c.
57 Immò, & † deficientibus nepotibus, paren-
tes ſuccedent tamquam hæredes in dictis bo-
nis aduentitijs, vt generaliter tradit gloſſa,
verbo, parentibus, in vltimis verbis, in d. §. 1.
& exprimit Paul. Caſtr. in l. filiusfam. n. vlt.
in poſtremis verbis, & ad legem Falcid. &
ſuadetur ex Rubrica prædictæ Auth. quæ con
cipitur, *de hæredibus ab inteſtato venientibus*,
iunctis ijs, quæ ſupra tradidimus, n. 6. & nu.
44. Deinde probatur ex eadem Auth. in §. ſi
igitur defunctus deſcendentes, iuncto §. ſi ve-
ro cum aſcendentibus, vbi deficientibus libe-
ris, filij fam. defuncti, eius pater ſuccedit cum
reliquis filijs defuncti fratribus; quo caſu niſi
vt hæres ſuccederet pater, ſine dubio vniuerſa
filij defuncti bona obtineret ſolus iure peculij,
vt inquit l. 2. ff. de caſtr. pecul. innuit l. 3. C.
de bonis, quæ liber. Tandem id ſuadetur ex
ſimili, in l. vlt. C. communia de ſucceſſ. ibi:
Et ſui filij non gratam hæreditatem reliſtam, &c.
vbi pater in bonis maternis filij fam. hæres le-
gitimus eſt. Et ita etiam explicari debet l. quæ-
cumque 4. verſ. nulla autem, C. de bonis, quæ
liber. vt ſcilicet tunc parens hæreditario iure
ſuccedat, non vero iure peculij; effectus autem
vtriuſque ſucceſſionis colliges ex l. pater, qui
caſtrenſe, ff. de caſtr. pecul. & ex ijs, quæ in-
ferius notabimus. Similiter etiam explicari de
bet principium Inſt. quibus non eſt permiſs.
ibi: *Ad parentes eorum iure communi pertinebit*,
&c. id eſt, caſtrenſia inteſtato filio ad patrem
peruenient iure hereditario, quod eſt cõmune.
58 Vnde attento † nouiſſimo Auth. iure, à for-
tiori iam hodie parens ſuccedet iure hæredit.
in bonis caſtrenſibus, vel quaſi caſtrẽſibus, tra-
dit gloſſa, in dicta Auth. de hered. ab inteſt. §.
1. verbo, parentibus, in fine. Bart. in l. filius-
fam. n. 2. ff. ad legem Falcid. vbi innuit Paul.
Caſtr. n. vlt. in vlt. verbis, Coſta, in l. qui duos,
§. cum in bello, verb. patris, num. 10. ff. de re-
bus dubijs, gloſ. itẽ in princip. Inſt. quibus nõ
eſt permiſſ. verbo, iure communi, vbi Angel.
nu. 3. Mynſinger. n. 8. Marc. Ant. n. 29. Vigl.
21. late Caldes in lege 3. C. de in integr. reſt.
min. verb. læſis, n. 97. & nu. 112. verſ. hoc ta-
men, & eſt communis ſententia ſic correcta
l. 1. ff. de caſtr. pecul. cũ ſupra relatis, & in hac
ſucceſſione

Digitized by Google

ſucceſſione non præcedent patrem fratres defuncti, ſed cum illis concurret, d. Auth. de hæredibus ab inteſt. §. ſi vero cum aſcendentibus,quamuis antea excluderetur à fratribus defuncti princip. Inſt. quibus non eſt permiſſ. id enim fiebat ad ſimilitudinẽ l. 3.& l. 4. C. de bonis, quæ liber. l. vlt. C. comm. de ſuc ceſ. notat Vigl. in d. princip. n. 20. ſicut etiam iam nunc quoad hoc correctæ ſunt d.l. 3. l. 4. & l. vltima.

59 Ex quibus iam infertur, hodie † ſucceſſionem iure peculij, cuius meminit l. 2. ff. de caſtrenſ. peculio, & l. 3. C. de bonis quæ liber. à partium enumeratione ſolum locum fore ha bituram in bonis filij profectitijs.

60 Infertur etiam, deciſionem † d. l. filiusfam. ff. ad legem Falcid. iam nunc procedere de iure ordinario, vt ibidem notat Bart. n. 2. Paul. n. vlt. in vltimis verbis. Eman. Coſta, in l. qui duos, §. cum in bello, verb. patris, n. 10. ante fin. ff. de rebus dubijs, & ita filiusfam. miles iam de rigore iuris poteſt rogare patrẽ ab inteſtato venientem, tamquam legitimum hæredem, non verò bona filij iure peculij occupantem, iuxta vulgarem regulam, l. Diuj, 6. §. codicillos, ff. de iure codicillorũ l. 2. ff. de legatis lib. 1. & ea, quæ infra proxime dicemus. Idem intellige in filiofam. habente peculium quaſi caſtrenſe, ex æquiparatione, quam facit l. vlt. C. de inoff. teſtam.

61 An autem † filiusfam. in bonis aduentitijs poſſit rogare parentem, cum eundem habeat hæredem ab inteſtato venientem, vt ſcilicet quid ex hæreditate reſtituat? dubitationis eſt. Breuiter reſoluendum eſt, non poſſe patris ab inteſtato venientis fideicommittere: nam regula iuris eſt, eum demum codicillos ab inteſtato facere poſſe, vel fideicommittere, qui & teſtari poteſt, d. l. Diui, 6. §. codicillos, ff. de iure codicill. cuius deciſionem ſemper ſeruari tradit Bart. per textum ibi in l. 2. n. 2. ff. de legatis, lib. 1. vbi etiam Paul. n. 1. & reliqui notant, l. 1. §. hi qui, ff. de legatis lib. 3. Peregr. de fideicom. art. 1. n. 7. Idem conſtitutum eſt apud Luſitanos in Ordinat. lib. 4. tit. 86. §. vlt. conſtat autem filiosfam. de bonis aduentitijs nequaquam teſtari poſſe, quamuis pleno iure quæſiuerint, vt ſupra oſtendimus, ergo licet patrem hæredem legitimum habeant, non poterunt codicillos ab inteſtato facere: ad exemplum impuberum, qui ſui iuris effecti, decedunt ſine pupillari teſtamento à patre facto: nã licet teſtari non poſſint, §. præterea, Inſt. quibus non eſt permiſſ. legitimos tamen hæredes habent, l. 1. in princip. ff. de legitimis tutorib. §. cum autẽ, iuncta gloſſa, verbo, venturi, Inſt. de adoptionibus. Secundũ quę conſtat patrem legitimum hæredem, & qui concurrunt cum eo nequaquam grauari poſſe à filio in poteſtate defuncto; commodu mq; huius hæreditatis ſucceſſionis illud erit, quod colligitur ex l. pater, qui caſtrenſe, ff. de caſtr. peculio. Item vt poſſent alij vltra patre m admitti: nam ſi iure peculij tantum ſucceſſio reciperetur, ſolus pater admitti deberet, l. 2. ff. de caſtr. pecul. l. 3. C. de bonis, quæ liberis. Vigl. in princip. Inſt. quibus non eſt permiſſ. n. 20.

62 Infertur † rurſus iam hodie ceſſare deciſionem l. pater, qui caſtrenſe, 17. ff. de caſtr. pecul. quatenus pater bona filij fam. militis occupando iure peculij ſolum intra vtilem annum filij creditoribus tenebatur, ex ratione quam tradit Vlp. in l. 1. §. merito, ff. quando de peculio actio annalis eſt: nam hodie pater ab inteſtato ſuccedit filio militi, tamquam hæres, non uero iure peculij: vnde non intra annum dumtaxat, ſed perpetuo tenebitur, ex ratione eiuſdem l. pater, qui caſtrenſe, verſ. vlt. ibi: *Perpetuo ciuiliter, vt hæres conuenietur*, vbi cum pater ſuccedit vt hæres, perpetuo tenetur, & ita prædicti temporis compendium iam pater nõ obtinebit in ſucceſſione bonorum caſtrẽſium, vel quaſi caſtrenſium; necnon aduentitiorum: vnde venit declaranda l. 1. ff. quando de peculio actio eſt annal. vt ſcilicet pater ſuccedens filio in poteſtate defuncto, tunc iuuetur illo anni commodo, quando occupat peculium profectitium: nam reliqua bona, nimirum caſtrẽſia, quaſi caſtrẽſia, & aduentitia, iam non iure pecul. ſed hæred. acquir. & ita cõuenitur a creditoribus vt hæres, non qua pater iure peculij.

63 Infertur † quarto, dictam l. pater, qui caſtrenſe, 17. §. 1. de caſtr. pecul. dum decidit, quod pater inſtitutus à filiofam. milite, ſi in ne cem legatariorum, cauſam teſtamenti omiſit, & peculium poſſidet ſuo antiquo iure, tenetur ex edicto, *ſi quis omiſſa cauſa teſt.* ad exemplum eius, qui legitimam hæreditatem poſtea amplexus eſt: iam hodie ſecundum iuris regulam procedere, qua pater ab inteſtato filij militis bona caſtrenſia, vel quaſi non ad inſtar legitimi hæredis, ſed vt verus hæres occupat.

64 Illud hic mouet † dubitationem ad interpretationem iuris antiqui, cur in d. l. pater, qui caſtrenſe, §. 1. pater incidat in edictum, *ſi quis omiſſa cauſa teſt.* quia ad effectum, vt bona poſſidens omiſſa cauſa teſtamenti teneatur ex edicto, requiritur quod poſſideat tamquam hæres, vel tamquam prædo, fingens ſibi aliquem titulum ab inteſtato poſſeſſionis, l. 1. §. non quærimus, verſ. toties, l. vlt. ff. ſi quis omiſſa, &c. pater autem nec tamquam hæres, vt diximus, nec tamquam prædo, bona caſtrenſia filij ab inteſtato poſſidet, ſed iure peculij, l. 1. l. 2. cum alijs, ff. de caſtrenſ. pecul.

Verum dubitationem tollit Paulus I. c. in l. filiusfam. 28. verſ. *vlt.* ff. ad legem Falcid. ibi: *Exemplo edicti, legatorum nomine conuenietur*. Cum igitur ad exemplum edicti, pater in præfatis terminis teneretur, nihil mirum, quod etiam tunc temporis ſufficeret exemplum legitimi hæredis, quod pater ab inteſtato exhibet in d. l. patet, quæ caſtrenſe, §. 1. & ita iſte caſus eſt ampliatiuus d. l. 1. §. non quærimus, verſ. toties, & d. l. vlt. ff. ſi quis omiſſa, vt ſufficiat poſſeſſio quaſi pro hærede; non tamen ſatis erat poſſidere titulo vniuerſali, quin hæreditarius foret verus, vel ſimulatus, d. verſ. toties, quidquid contra innuat Paul. Caſtr. in d. l. filiusfam. n. 2. & 3. dum contentus videtur ſucceſſione tantum vniuerſali.

65 Infertur † quintò, quod, vt pater nunc bona filij fam. caſtrenſia vel quaſi caſtrenſia, aut aduentitia ab inteſtato acquirat, vel traſmittat, requiritur, vt adeat filij hæreditatem: ita in terminis tradit Coſta, in l. qui duos, §. cum in bello, verbo, patris, n. 10. ff. de reb. dubijs, aliàs non aditam non tranſmittit ad ſuos hæredes, ex regula l. vnicæ, §. in nouiſſimo, C. de caducis toll. vbi gloſſa verbo, patimur, Bart. n. 1. Bald. in l. ſi auia, C. de iure deliberandi, Salicet. in l. apud hoſtes, C. de ſuis, & legit. cum ſi aliàs ageremus de antiquo iure peculij, etiam poſt mortem patris, bona inteſtati filij ad hæredes paternos tranſitura forent, l. proponebatur, 9. l. penult. §. quid autem, iuncto §. præcedenti, ff. de caſtr. peculio, quia fictione quadam declaratiua apparet retro ſemper in dominio patris fuiſſe, & ob id non requirit habilitatem extremorum, vt conſtat ex proxime relatis iuribus; tradit eleganter Bartholom. Philipp. Luſitanus multiſciæ eruditionis vir, in tract. de fictionibus, 4. part. cap. vlt. & nos alibi deo annuente latius explicabimus. Nec obſtabit l. penult. §. pater, ff. de caſtr. pecul. vbi prædicta ſucceſſio comparatur poſtliminio, quod inducit fictionem translatitiam de tempore, ad tempus, & requirit extremum à quo, habile. Reſpondetur id ſimilitudine quadam dici, vt patet ibidem, non uerò quod eodem procedat fictionis modo.

66 Infertur † ſextò, quod l. ſeruum filij, 44. in princip. ff. de legatis, lib. 1. & d. l. proponebatur, ff. de caſtr. pecul. cum alijs, quatenus dicunt, patrem iure ſuo poſſe diſponere de bonis caſtrenſibus, ſicut de ſuis, iam nunc attento tempore d. Auth. de hæredibus ab inteſt. §. 1. omnino correctas eſſe, cum earumdem decidendi ratio corrigatur; tenet in terminis Coſta, in d. §. cum in bello, verb. patris, num. 10. ante fin. quidquid Iaſ. in dicta l. ſeruum, num. 12. audenter contradicat.

Nam attento ſuo tempore, ex ea ratione procedebant, quia filiofam. milite inteſtato decedente, caſtrenſium rerum dominium numquam a patre profectum retro cenſeba-
67 tur, vt ſatis exprimunt præfata iura: atq; † ita pater ex vi patriæ poteſtatis etiam earumdem in vita filij dominus intelligitur, ſub quadam conditione reſolutiua, nimirum niſi filius iure ſuo vtatur: quo non diſponente, retro creditur ſimplex ac expeditum dominium habuiſſe; & quod interim res caſtrenſes patris intelligantur, eleganter innuit l. 3. C. de bonis proſcriptorum, ibi: *Afferri tibi debet*, per quam ita inſinuat Clarus, & plures ab eo relati lib. 5. Sententiarum, §. finali, quæſt. 78. verſ. quæro etiam. Eleganter Eman. Coſta, in repet. l. qui duos, §. cum in bello, verbo, patris, nu. 10. ff. de rebus dubijs; ſentiunt in terminis Balduinus, & Cuiac. in §. 1. Inſtit. per quas perſonas nobis acquiritur, Luſitanus Caldas, in l. ſi curatorem, C. de in integr. reſtit. min. verbo, læſis, num. 94. & nu. 112. multo poſt medium, & eleganter num. 93.

Nec obſtat l. filiusfam. miles, 14. ff. de caſtr. peculio, ibi: *Cum in illo tempore non fuerit ſeruus patris*, &c. quia reſpondetur, interim patris non dici quoad effectum, vt ei ſtatim acquirat, quia propter inſtitutionem, quæ pendebat; deliberantibus ſcriptis hæredibus, incertum erat quibus, patri ne, an hæredibus acquiſiturus, foret: non tamen negat textus, eſſe patris ſuſpenſiuè, ſaltem interim dum hæredes ſcripti à filio, deliberant: quia filius teſtamentum fecerat, vt infra latius oſtendemus. Idque probat in ſpecie in l. in eo, quod caſtrenſe, ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Si uerò adita non ſit, ut in proprio patris eſſe ſpectanda*, &c. & ſatis ſe exponit d. l. filiusfam. ibi: *Vbi iure priſtino apud patrem peculium remanet; etiam acquiſitio ſtipulationis*, &c. vt ſcilicet, quando dixerat, patris non eſſe, intelligatur in eo ſenſu, quo adhuc incertum eſt, an apud eum remanere debeat peculium, vel ad ſcriptos tranſire: vnde licet iſte ſeruus peculij caſtrenſis ſit communis; & interim ſtipulatus totum acquirat ſocio, quamuis poſtea hæres in peculio caſtrenſis ſcriptus adeat, ex ratione, quam ita decidens reddit Pomp. I. conſultus, in l. ſi ſeruus communis, 18. de ſtipulat. ſeruorum, à ceſſante ratione, non procedit in patre, quando inſtitutus omittit hæreditatem: quia ſemper fuit peculij, quod pater ſuo iure retro habuiſſe creditur, quidquid ibidem dicat gloſſa, verbo, quæ nondum, & in dicta lege in eo, verbo, ſpectanda. Nec tunc obſtabit dicta lex ſi ſeruus commun. ibi: *Socio qui ſolus interim dominus inuenitur, tota ſtipulatio quæretur*, &c. nam id irreuocabiliter decidit dumtaxat reſpectu hæredis futuri: non

uerò

verò patris, de quo nullatenus agebatur, cuius
licet interim dominium non eſſet ſimplex,
ac expeditum, ſed ſuſpenſum, omiſſa tamen hę
reditate ab inſtituto, retro fuiſſe intelligitur;
& conſequenter ex tunc partem in ſtipulatio-
ne facere cenſebitur.

68 Conſtat † igitur ex dictis, patrem, qui legat
rem caſtrenſem filij, vt ſuam legare, niſi filio
diſponente aliena retro apparuerit: quemad-
modum, quando quis legat ſuam rem, quæ ab
hoſtibus capta eſt, propter ius poſtliminij iam
exinde valet legatum, l. id, quod apud, 8. ff. de
legatis, lib. 1. vbi gloſſa latè comprobat: nam
ſi reuertitur, legato cõtinebitur, quaſi ſemper
in dominio legãtis extitiſſet, l. retro creditur,
ff. de captiuis & poſtlim. reuerſ. cũ concord. ſi
apud hoſtes manet, perinde cenſetur, ac ſi quis
rem, vt ſuam legaſſet, quæ poſtea apparuit
aliena, vel extincta eſt; ad cuius poſtliminij ſi-
militudinem pater diſponit de bonis filij ca-
ſtrenſibus, quaſi de re ſua, ſub illa ſpe, vt non
diſponente filio, ab eo nunquam profecta cen-
ſeantur, eleganter probat l. penult. §. pater, ff.
de caſtr. pecul. ibi: *Quod ſi inteſtatus deceſſerit
filius, poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine pater anti-
quo iure habet peculium, retroque videatur ha-
buiſſe rerum dominia*, &c. cum iudicio tradit
Paul. de Caſtro, in d. l. ſeruum filij, nu. 1. an-
69 te finem. & † hoc, de quo pater ita diſpone-
re dicitur, non eſt contra votum parentum, de
quo l. ſcripto, verſ. vlt. ff. vnde liberi, cum ſi-
milibus: ſed tantum prouiſio in caſum, quo fi-
lium præmori contigerit; quemadmodum
etiam forma Aquiliana de nepote poſthumo
inſtituendo concipiebatur ſub conditione, ſi
filius intermedius in vita patris deceſſiſſet, l.
Gallus, ff. de liberis & poſth. vnde veniũt reſel
lenda, quæ perperam tradit Bart. in d. l. ſer-
uum filij, ante nu. 1. & quæ ariolatur, nu. 1.
quem fere reliqui ſequuntur, qui eandem li-
mam pati debent.

70 Cum † igitur iam hodie ceſſet ratio, cui
innitebantur, d. l. ſeruum filij, & d. l. propone-
batur, quando filius inteſtatus decedit, quia iã
pater non iure peculij, quaſi ſemper retro ha-
buiſſe credatur; ſed iure hęreditario bona ac-
quirat, & dominium, exinde quo hæreditatẽ
legitimam adit: nihil mirum, quod etiam
ceſſet ipſarum diſpoſitio, idque comprobo ex
ſimili, quando pater inſtituitur à filio milite:
nam cum hoc caſu ceſſet prædicta fictio, qua
retro dominus credebatur, vt clarè innuit d. l.
proponebatur, & clarius l. vlt. ff. de caſtr. pe-
culio: quia iam tanquam hæres in bonis alie-
nis ſuccedit, ceſſat etiam d. l. ſeruum filij, & d.
l. proponebatur, vt vtraque inſinuat, & expri-
mit gloſſa prima, in d. l. ſeruum filij, quam ſe-
quũtur Bart. & Paul. ibidem, vterque nu. 1. ad
finem, & reliqui; ergo cum iam hodie filio mi
lite inteſtato decedente, pater eius bona non
priſtino iure peculij, (ſecundum quod retro
dominus apparebat) ſed vt hæres exinde do-
minium acquirat, benè ſequitur, emendatas
manere præfatas l. ſeruum filij, & l. propo-
nebatur, cum ipſarum ratio expreſsè corriga-
tur in d. Auth. de hæred. ab inteſt. §. ſi igitur
defunctus deſcendentis, iuncta Rubrica, vt ſu-
pra probauimus, nam ſi pater hodie rem filij
caſtrenſem, vt ſuam, putans uti iure priſtino ſi
bi competente, legauerit, inutiliter legaſſet,
cum ſemper hæreditario iure ſuccedat, ſiue te
ſtatus filius decedat, ſiue inteſtatus: conſtat
enim iam hodie, rem talem ſimpliciter alie-
nam eſſe; & ita ſuccedet diſpoſitio l. cum rem
alienam, 10. C. de legatis.

71 Sed obſtat † l. vlt. ff. de caſtr. peculio. vbi
Paul. I. c. inquit, quod libertas à patre relicta
ſeruo filij peculij caſtrenſis, ſuſtinetur, quam-
uis pater ſuccedat iure hæreditario, ex teſta-
mento filij; ergo idem videtur in ſucceſſione
ab inteſtato, quamuis hodie iure hæreditario
admittatur, & in quibuſuis alijs, vltra liber-
tatem relictis, vt innuit Iaſ. in d. l. ſeruum fi-
lij, nu. 12.

Verum reſpondendum eſt, d. l. vlt. procede
re quidem hodie, ſicut antiquitus, ex paritate
rationis nuperrimè conſiderata; quidquid per
peram contradicat Coſta, in d. §. cum in bel-
lo, nu. 10. in fine, in verbo, patris: ſed dunta-
xat in libertate, ex ſpeciali ipſius fauore, vt pa-
tet ibi: *Sed fauorabilius eſt, libertatem à patre
relictam admittere*, &c. idque contra iuris ri-
gorem, vt oſtendit l. penult. §. pater, verſ.
non tamen ſi vt hæres, iuncto §. vlt. in vltimis
verbis, ff. de caſtr. peculio: nam legabatur li-
bertas ſeruo vt proprio, qui poſtea apparebat
alienus; & in hoc caſu fauorem libertatis præ
ualere oſtendit I. c. in l. quidam, 25. §. ſi quis
filium, verſ. hoc amplius, iuncto præcedenti,
ff. ad S. c. Trebell. ibi: *Libertate fauore ſui ſer-
uata*, &c. Vnde ab ſpeciali iam d. l. vlt. pro-
bat, non procedere in reliquis pecuniarijs di-
ſpoſitionibus. Et in terminis hanc differentiã
inter libertatem, & reliqua, quæ legantur vt
propria, cum ſint aliena, eleganter ponit Paul.
I. c. in l. Paulus reſpondit, 39. ff. de fideicom.
libert. & ita ſatis ſeipſum videtur exponere in
d. l. vlt. cuius etiam autor eſt, vt apparet ex
epygraphe. Vnde colligitur apertè deciſio-
nem l. cum rem alienam, verſ. quod ſi ſuam,
C. de legatis, non habere locum in libertate,
vt ſatis probatur ex præfatis iuribus, & ibi-
dem notat gloſſa, verbo, vel vxori, Bart. nu.
4. & reliqui. Illud obiter aduerte, libertatẽ,
quæ competit in prædictis terminis, eſſe fidei-
commiſſariam, argumento l. 2. §. 2. ad fin. ff.

de iure codicillor. cum hæc tantum alienis ſeruis competere poſſit. l. libertates, 16. ff. de fideicomm. libert. cum concordant. non vero directam, ex ratione, quam ita decidens tradit Vlp. in l. Seruius exiſtimabat, ff. de manumiſſ. teſtament.

72 Circa † d. l. ſeruum filij, & d. l. proponebatur, tandem aduerte, adhuc ſuſtineri poſſe earumdem deciſiones, diuerſo quidem iure: ſcilicet quaſi legatum rei alienæ, ſcienter alienę: nam cum hodie pater filio militi ſuccedat iure tantum hæreditario, nec vnquam retro prædictorum bonorum dominus credatur, quando aliquot ex his bonis legauerit, in dubio pręſumitur legaſſe rem alienam; cum vnuſquiſq; ſcire leges exiſtimetur, l. conſtitutiones, 12. C. de iuris, & facti ignor. vbi notat gloſ. Bald. & reliqui: niſi contraria præſumptione colligatur, legaſſe rem filij caſtrenſem, vt propriam: in his enim omnibus ſpeciebus ſeruabitur d. l. cum rem alienam, C. de legatis.

73 Infertur † tandem l. 1. verſ. vlt. ff. de caſtr. peculio, dum inquit patrem iure peculij ſuccedentem filio inteſtato, fieri hæredem ijs, quibus filius fuerat, procedere iam nunc de iure ordinario, quo hæres hęredis antiquo teſtatori fit hæres, l. 3. verſ. ſed ſi Titio. ff. de petit. hæredit. l. vlt. C. de hæredib. inſtit. quorum iurium regula procedit ex ea ratione: quia vltimus hæres perſonam induit hæredis, qui antiquum teſtatorem repræſentabat; & ita procedit l. hęredis appellatio, ff. de verborũ ſignific. & procederent ea, quæ aliàs tradidit Peregr. de fideicom. art. 33. nu. 31. quod tamen declara, vt per Vigl. in §. ſubſtituitur, nu. 2. à med. Inſt. de pupill. quæ regula, iam in patre inteſtato filio ſuccedente æquè procedit, quia vt hæres ſuccedit: cum antea iure peculij ſuccedens, hæres fieret ijs. quibus filius fuerat, ex vi tantum patriæ poteſtatis, l. planè, ff. de acquirend. hæred. quaſi per filium militem ſupradicta hæreditas, ei retro ſimpliciter quæſita fuiſſet; & ita quod diuerſo iure pater per filium, quam hæres per hæredem ſuccederet antiquo teſtatori, innuit I. C. in l. qui liberis, 8. §. hæc verba, ff. de vulgari. Diuerſitatis autem ratio ex dictis patet. Cum igitur iam hodie pater filio militi inteſtato fiat hæres, ſequitur ordinario iure repræſentationis fieri hæredem ijs, quibus filius fuerat; quod etiam intellige in quaſi caſtrenſibus; necnon aduentitijs; in quibus omnibus iam hodie filiusfam. patrem legitimum hæredem habet, iuxta ſupradicta.

74 Vt igitur † reuertamur vnde digreſſi ſumus, ſcilicet ad interpretationem d. Auth. de hæredibus ab inteſt. §. 1. coll. 9. aduerte illius diſpoſitionem, dum ſtatuit filijs in poteſtate decedentibus, ipſorum bona deferri deſcendentibus, non vero aſcendentibus; apud Luſitanos ceſſare regulariter. Ratio eſt: quia cum legitimi liberi, non niſi ex legitimè nuptis naſcantur, l. filium eum definimus, ff. de his, qui ſunt ſui, in princip. Inſt. de patria poteſt. cum alijs, & per nuptias apud Luſitanos ius patriæ poteſtatis tollatur, Ordination. lib. 1. tit. 87. §. 6. & lib. 4. tit. 97. §. 19. quam declarat Luſitanus Caldas, tract. de nominatione emphyteut. quæſt. 13. nu. 15. idem apud Hiſpanos procedere tradit Palatios, in Rubr. §. 43. Gomez. in l. 47. Tauri. & apud Francos teſtatur Boerius deciſ. 197. filij nupti liberi iure ordinario ei ſuccedunt, quaſi habito à filio emancipato; & ita omnino ſemoto auo, qui nullo vnquam tempore filij ſui iuris effecti bona iure peculij occupauit, ſed tanquam hęres ſecundum regulas iuris, vt in ſimili tradit l. vlt. verſ. vlt. C. de inoff. teſtam. ideo Ordinat. Luſitana, quæ de ſucceſſione parentum loquitur, lib. 4. tit. 91. nequaquam meminit nepotum ex filio præmortuo, quia vtpote habiti ex patre ſui iuris effecto, ſemper præcedebant auum in ſucceſſione patris ſui.

75 Hæc † autem licet generaliter procedant: in caſibus tamen particularibus apud Luſitanos poteſt habere locum d. Auth. in §. 1. veluti in filio naturali plebei: nam ſi quis plebeius in poteſtate patria conſtitutus, habeat filium naturalem, qui aliàs cum legitimis, vel ſine illis, tanquam legitimus ſuccedet, vt clarè diſponit Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 92. in princip. Cabedo Luſitanus, 1. part. deciſ. 100. nu. 1. & in poteſtate patris manet, quidquid dicat Valaſc. conſ. 94. nu. 4. tom. 1. & quod in poteſtate maneat, tenet Caldas Luſitanus, in l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, n. 94. verſ. ex qua primo. C. de in integr. reſtit. minorum, iſte nepos præfertur auo in ſucceſſione patris in poteſtate aui decedentis, ex diſpoſitione d. Auth. in §. 1. Et hanc declarationem ampliabis ad ſimiles caſus, in quibus quis apud Luſitanos habere poteſt legitimos liberos, dum adhuc eſt in poteſtate patria, vt albi oſtendimus.

76 Maior † dubitatio eſt in caſu, quo filiusfam. decedit nullis liberis relictis, an apud Luſitanos pater ei ſuccedat tanquam hęres, vel iure peculij? in bonis ſcilicet aduentitijs, maternis, & à fortiori caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus, iuxta l. vlt. C. communia de ſucceſſ. Auth. de hęredibus ab inteſtato venient. §. ſi igitur defunctus deſcendentes, collat. 9. Vtilitatem huius quęſtionis oſtendit I. C. in l. pater, qui caſtrenſe, ff. de caſtr. pecul. colliges etiam ex ſupradictis circa tranſmiſſionem horum bonorum, & tandem ex alijs quę vbique tradunt Doctores.

Mouet

Mouet dubitandi rationem; quia apud Luſitanos poſt liberos filij defuncti, ei pater, vel quilibet aſcendens ſuccedit excluſis omninò eiuſdem defuncti fratribus; Ordin. Luſitana, lib. 4. tit. 91. in princip. atque ita iam nihil cogit, vt colligamus eum iure potius hæreditario, quam peculij ſuccedere, vt aliàs quoad ius commune ſupra argumentabamur.

Deinde, eadem Ord. d. tit. 91. §. 1. dum loquitur de filio in poteſtate decedente, ſtatum meminit diſpoſitionis teſtamentariæ, (quando filiofam. permittitur) vt ſcilicet tenetur patrem inſtituere in legitima portione: vnde tacitè innuere videtur, patrem non eſſe hæredem ab inteſtato ſui filijfam. & ita ſuſcitetur apud Luſitanos ius antiquum commune, de quo ſupra egimus.

His tamen non obſtantibus, reſoluendum eſt, patrem apud Luſitanos tanquam hæredem filijs ſuis in poteſtate decedentibus ſuccedere iuxta ſupradicta, ad interpretationem d. l. vlt. C. comm. de ſucceſs. d. Auth. de hæred. ab inteſt. §. ſi igitur defunctus deſcenden-
77 tes, quorum † iurium deciſionem amplectitur Ord. Luſitana, dum contrarium non exprimit, vel ſtylo, aut conſuetudine Luſitaniæ deciſum non apparet in materia, quæ non contineat peccatum, (nam ſtatur iuri Canonico in peccaminoſa); vt generaliter ſtatuit eadem Ord. lib. 3. tit. 64. in princip. verſ. & ſendo, idque tandem confirmatur ex ſolutione obiectionum.

Nec iam obſtant ſupra perpenſa: nam ad primum reſpondetur, quod licet Ord. Luſitana in ſucceſſione inteſtati filijfam. excluſerit fratres demortui, patremque duntaxat admiſerit corrigendo ius commune, in d. Auth. de hæredibus ab inteſt. §. ſi vero cum aſcendentibus, & d. l. vlt. C. commun. de ſucceſs. non proinde tamen denegat patrem iure hæreditario ſuccedere filio in poteſtate decedenti, in hoc amplectens iurium nuperrimè citatorum deciſiones; Sicut etiam attento iure communi pater ſuccedit tanquam hæres ſuo filiofam. etiam quando nullus defuncti frater concurrit, vt probat textus in l. vlt. C. communia de ſucceſs. in princip. Inſtit. quibus non eſt permiſs. fac. teſtam. ibi; *Iure communi pertinebit*, &c. & in d. Auth. de hæredibus ab inteſt. §. ſi igitur de functus deſcendentes, iuncto §. 1. vbi in præfata ſucceſſione admittit patrem excludendo ceteros legitimos hæredes: quæ quidem excluſio ſuperflua omnino eſſet, ſi pater iure peculij ſuccederet: tunc enim non ſolum coniunctos ſanguine filio defuncto, quinimmo proprios ipſius liberos excluderet, vt innuit l. 3. C. de bonis, quæ liberis, & ſupra notauimus.

78 Tandem † non obſtat ſecunda conſideratio: quia ob id Ord. Luſitana in d. tit. 91. §. 1. meminit teſtamentariæ diſpoſitionis, vt oſtendat duos illos caſus teſtati, & inteſtati, in quibus pater præcedit fratres defuncti, ſcilicet tam quoad legitimam ſucceſſionem, quam teſtamentariam. Inſuper mentionem fecit filijfamil. teſtantis, iniungendo eidem neceſſitatem inſtituendi parentes; vt oſtendat filiosfam. in peculijs quaſi caſtrenſibus, teneri inſtituere parentes, iuxta Auth. Vt cum de appellationibus cognoſcitur, §. ſancimus, collat. 8. Bart. in Auth. Ex cauſa, C. de liberis præteritis, nu. 13. quod etiam intellige in peculio caſtrenſi, ſi filiusfamil. veteranus eſt, alioquin ſi eſt in expeditionibus, liberrimè teſtari poterit quomodocunque velit, quin teſtamentum querelæ ſubiaceet, vt eleganter defendit Viglius, in §. illis autem, num. 12. cum ſequenti, & pro hac parte eſt Imola, Perez. Mynſinger. Menchaca. Berous, Alciat. Barbaran. quos referens, ſequitur Caldas, Luſitanus, in l. ſi curatorem, verbo, læſis, nu. 111. C. de in integr. reſtit. minorum, & plures relati per Ioſeph. Gonzalez Flores, cap. 12. var. quæſt. num. 15. & tradiderat gloſſ. verbo, irritum, in d. Auth. Ex cauſa. Quod etiam obtinebit apud Luſitanos, propter generalem determinationem Ordinat. lib. 4. tit. 83. §. 6. quidquid de iure communi nouiſſimo contradicat Bartol. d. nu. 13. in d. Auth. Ex cauſa, vbi Alex. col. 3. Angel. & alij, in d. §. illis autem, & plures, quos refert, & ſequitur Iul. Clarus, in §. teſtamentum, quæſt. 84. verſic. vlt. plures itidem referunt Caldas, & Flores vbi ſupra, vnde venit declaranda Ord. Luſitana. lib. 4. tit. 91. §. 1. dum imponit neceſſitatē filijsfam. inſtituendi parentes, (quando eis teſtari permittitur) vt ſcilicet, non procedat in filiofamil. milite in expeditionibus teſtante, iuxta ſupradicta. Declaranda etiam venit alia Ord. Luſitana, eodem lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1. quę conſtituit filiosfamil. liberè poſſe facere teſtamentum de bonis caſtrenſibus, vel quaſi caſtrenſibus, vt ſcilicet iſta libertas intelligatur tantum de iure teſtandi, non verò de modo, cum teneantur parentes inſtituere: niſi de caſtrenſibus in expeditionibus teſtentur, ſecundum prędicta.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu l. vxori maritus, 27. ff. de vſu, & vſufr. leg. à nu. 1. & præcipuè à nu. 53. & omnino à nu. 64.

Refertur, & reprobatur intellectus gloſſæ, nu. 1. & num. 5.

Refertur,

Refertur, & reprobatur intellectus Bart. qui etiam cummunis eſt, à nu. 2.

Verbum (repeto) *inducit ſnapte natura poſitionem eius, qui dedit, vel qui dantis locum babet. num. 3.*

Explicatur l. non eſt nonum, 5. ff. de condict. indebiti, nu. 4.

Refertur, & reprobatur intellectns Eman. à Coſta, ad d. l. vxori, à nu. 6.

Qnod aufertur ab indigno, fiſco adijcitur. nu. 7.

Quando perſona, cui primo competebat ſucceſſio, eſt incapax, ſequentibus defertur, non fiſco. num. 8.

Filius incaparum non obſtat ſequentibus, ibidem.

A filio ſpurio, quam pater inſtituit, fiſcus non aufert, ſed cohæres, ſubſtitutus, vel legitimi. num. 9.

Ab eo, qui tacitam fidem accommodauit reſtituendi filio ſpurio teſtatoris, fiſcus aufert, nu. 10.

Fallit in eo, qui tacitam fidem accommodat ſuper rebus qnodammodo proprijs, ibidem.

Ab hærede, qui non vindicauit mortem defuncti, fiſcus aufert, vt ab indigno. nu. 11.

An pena non vindicantis mortem defuncti vigeat; & an ſit iuſta conſuetudo, quæ illam abrogat. num. 12.

Quomodo intelligatur l. 1. C. de his, quibus vt indign. ibi: debitum officium pietatis, *&c. ibidem.*

Ab eo, qui teſtatorem coegit, vt ipſum hæredem ſcriberet, fiſcus aufert vt ab indigno. nu. 13.

Quid dicendum, quando tertius fraudis non particeps inſtituitur, altero compellente teſtatorem, vt illum inſtituat: an inſtitutus, vel fiſcus, aut venientes ab inteſtato admittantur ad hæreditatem; à nu. 14. pro fiſco faciunt, quæ nu. 15. pro inſtituto, quæ nu. 16. pro legitimis hæredibus, quæ num. 17. Reſoluitur pro fiſco, à numero 27.

An teſtamentum metu factum ipſo iure valeat? à nu. 18. affirmatiuè reſpondetur à nu. 20.

Qualibet omiſſio in ſubſtantia actus, ipſum vitiat. num. 19.

Teſtamentum dolo factum ipſo iure validum eſt, num. 21.

Matrimonium, vt valeat, requirit liberum à metu, & dolo conſenſum, & de ratione. nu. 22.

Explicatur l. qui teſtamento, 20. §. vlt. ff. de teſtamentis. nu. 23. vbi redditur differentiæ ratio, ob quam valeat teſtamentum metu factum, non valeat tamen teſtibus metu coactis.

Ab eo, qui per errorem inſtitutus eſt, non aufert fiſcus, ſed cohæres, ſubſtitutus, vel legitimus. num. 24.

Ab eo, qui indignus eſt reſpectu defuncti, ſolus fiſcus aufert. nu. 25.

Nemo poteſt opponere de iure fiſci. ibidem.

Quando indignitas committitur reſpectu alicuius tertij, qui agere poteſt, ipſe, & non fiſcus reuocat. nu. 26.

Explicatur l. metum, 9. §. ſed licet, ff. de eo, quod metus cauſa. nu. 28.

Explicatur l. vnica, verſ. ſi hæres inſtitutus, ff. l. ſi tabulæ teſtam. extab. nu. 29.

Ab eo, qui verè indignus eſt, etiam ex facto, & delicto alieno, fiſcus aufert. nu. 30. & a nu. 39. & num. 48.

Ab eo, qui aliquem teſtari prohibuit, ſi aliàs prohibens prohibito ſuccedit, fiſcus vt ab indigno aufert. nu. 31.

Si prohibens non ſit ſucceſſor, ſed alius, facta prohibitio teſtandi, non præiudicat vero ſucceſſori. num. 32.

Quomodo id intelligi debeat, eleganter diſcutitur ibidem.

Explicatur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 84. in principio, dum à contrario ſenſu admittit hæredem ab inteſtato, qui nec per ſe, nec per interpoſitam perſonam prohibuit defuncto teſtari. ibidem. & nu. 38.

Explicatur Ord. Luſitana, d. lib. 4. tit. 84. §. 2. nu. 33. & iterum, d. §. 2. in fine, nu. 38.

Quomodo puniatur, qui aliquem teſtari prohibuit. num. 34.

Et, qui probauerit ſe inſtituendum fore, vel aliter capiturum ex teſtamento defuncti, niſi teſtari impediretur, impediens ſatisfacere tenetur, num. 35.

Et an in ſimplum, vel in duplum. nu. 36.

Apud Luſitanos in duplum condemnatio fit. nu. 37.

Quando aliquo prohibente non inſtituitur hæres, quem conſtabat inſtituendum, & prohibens non eſt ſoluendo, datur regreſſus aduerſus fiſcum, qui hæreditatem abſtulit ab eo, qui eam deſtitutus voluntate defuncti obtinuerat. numero 28.

Reprobatur Bart. ſententia, putantis ab eo, qui verè indignus eſt ex facto, & delicto alieno, fiſcum non auferre, ſed venientes ab inteſtato. à num. 40.

Eleganter explicatur l. ſi pater, 4. C. de hæredibus inſtit. vbi latè agitur de inſtitutione filij ſuppoſiti. à nu. 41. cum multis ſequentibus.

Qnando quis ſcribitur hæres per errorem, potius non inſtitutus, quam indignus dicendus eſt: & ob id fiſcus remouetur. ibidem. & nu. 43.

Ampliatur d. l. ſi pater, quamuis inſtitutus filius putatiuus, de quo ibi, ſe filium ſimulet, & facto proprio alienæ familiæ obrepat. nu. 42.

Explicatur l. nec apud, 7. C. de hæredibus inſtit. num. 43.

Error in coniunctione naturali, & ciuili æquiparatur, ad effectum, vt diſpoſitio nulla ſit. nu 44.

Latè explicatur l. aufertur, ff. de iure fiſci. à numero 45.

De partu ſuppoſito agere poſſunt ij, ad quos res pertinet.

timet. num. 47.

Reprobatur Luſitanus Georgius de Cabedo, dum ſecurè putat, ab indigno ſine proprio delicto, fiſcum non auferre. nu. 49.

Explicatur Ord. Luſitanæ, lib. 2. tit. 26. §. 19. numero 50.

Indignus non dicitur ille, à quo bona auferuntur per fiſcum, abſque delicto, vel cauſa reſpiciente perſonam defuncti; ſed potius damnatus, ſiue proſcriptus dicendus eſt, & pertinet ad tit. de bonis damnatorum, & proſcriptorum: non ad tit. de his, quib. vt indignis auferuntur. numero 51.

Notatur Hiſpani Molinæ doctrina, vel locutio. numero 52.

Ab vxore indigna tam adimitur, quod teſtamento relictum, quam quod inter viuos datum eſt. numero 54.

L. 2. verſ. per contrarium, ff. de his, quibus vt indignis. & l. vlt. ff. legatis 1. & l. præfectus, ff. de ritu nuptiarum, etiam procedunt reſpectu eorum, quæ mulieres inter viuos acceperunt à maritis ſuis; quidquid renuat Coſta Luſitanus, numero 55.

Vſusfructus non venit in confiſcationem, quando fiſcus aufert ab indigno, ſed conſolidatur cum proprietate. à num. 56. & probatur latè num. ſequenti.

Sententia requiritur, vt aliquid auferatur tanquam ab indigno. nu. 57.

Explicatur l. ſi poſtulauit, §. iubet lex, ff. ad legem Iulium de adulterijs, nu. 61.

Explicatur l. Statius Florus, §. Cornelio Felici, ff. de iure fiſci. nu. 62.

Inter bona damnatorum non confiſcatur vſusfructus, præcipuè ſi maximam, vel mediam capitis diminutionem, damnatus paſſus eſt. ibidem

Actio ad vſumfructum conſtituendum competit fiſco auferenti ab indigno, cui relictus fuerat vſusfructus. nu 63. & nu. 65. non ita, quando aufert ab alio delinquente, qui maximam, vel mediam patitur capitis diminutionem. à nu. 63.

Vſusfructus repetitio, de qua in noſtra l. vxori maritus, fiet ab hæredibus mariti, ſi fuerint proprietarij; vel ab eo, qui nudam proprietatem habuerit. num. 68.

An à matre, quę ad ſecunda vota conuolauit, ſi ab inteſtato ſucceſſit vni ex liberis prioris matrimonij (reſpectu cuius pronunciata fuit indigna) fiſcus auferat; an reliqui fratres defuncti ex priori matrimonio? à nu. 68. quæſtio reſoluitur ſub diſtinctione. nu. 72.

Mater, quæ ad ſecunda volta conuolauit, in ijs, quæ filius prioris matrimonij à patre accepit, ſolum fructuaria eſt. nu. 71.

Quomodo poſſit mater incurrere indignitatem reſpectu filij, oſtenditur. nu. 71.

In ijs, quæ filius prioris matrimonij aliunde, & non ex paterna ſubſtantia acquirit, mater pleno iure ei ſuccedit ab inteſtato. num. 72.

CAPVT VI.

Ad Scæuolam I. C. lib. 1. Reſponſ. in l. vxori maritus, 27. ff. de vſu, & vſufr. legato.

1 RESpondet Scæuola. *Vxori † maritus per fideicommiſſum vſumfructum, & alia, & dotem prælegauit. Hæredes vſumfructum ei conceſſerunt; Poſt biennium illicitum matrimonium fuiſſe pronunciatum eſt: quæſitum eſt, an id quod præterito tempore poſſedit, ab ea repeti poſſit? Reſpondi id, quod fructus nomine percepiſſet, repeti poſſe.*

Maximam difficultatem continet iste textus, dum inquit vſumfructum repeti poſſe: nam vel intelligit repetitionem faciendam ab hęredibus mariti, vt innuit gloſſa hic, dum allegat l. quidam, 17. ſupra eod. tit. & l. liberto, §. Lucius, ff. de annuis legatis, in quibus repetitio fit ab hęredibus defuncti, quidquid mentem gloſſa male perceperit Luſitanus Senator, & primarius quondam iuris ciuilis profeſſor Vallaſcus, Conſ. 15. poſt med. in 1. tomo, dum putat gloſſam fiſco repetitionem conceſſiſſe.

Et ſecundum gloſſę intellectum obſtat l. pręfectus, ff. de ritu nuptiarum, vbi propter matrimonium illicitè contractum, non adimitur vxori, quod à marito in teſtamento relictum eſt. Concordat in ſimili l. vlt. ff. de legatis 1. l. 2. verſ. per contrarium, ff. de his, quib. vt indign.

2 Vel † textus intelligit repetitionem à fiſco faciendam, vt putat Bart. hic, in fine, & ante eum Dynus, & Alber. & ſuadetur ex l. cum hic ſtatus, §. vlt. ff. de donat. inter virum, & vxor. l. qui contra, 4. C. de inceſt. nupt. Et hunc eſſe communem intellectum aſſeruit Bald. Nouellus, tract. de dote, 11. parte, de priuilegijs dotis putatiuæ, verſ. decimumtertium membrum, nu. 14. in 6. vol. tract. Sequitur Coraſ. in l. qui liberos, nu. 68. ff. de ritu nupt. Cacialupus in Repet. l. ſi qua illuſtris, nu. 90. C. ad S. conſultum Orfician.

3 Et ſecundum hunc etiam intelligendi modum, vltra prædictam obiectionem, quæ etiam hic militat, obſtat Primò, quod verbum (*repeti*) de quo in hoc textu, inducit ſuapte natura petitionem eius, qui dedit, vel qui

dantis

Digitized by Google

dantis perſonam induit; ita innuit gloſſa hic, conducit l. 2. cum ſeqq. ff. de condict. indeb. l. cuius per errorem, ff. de regulis iuris. in terminis reſoluit Bald. Nouellus, d. verſ. decimũ tertium membrum, nu. 14. ſequitur inſignis Eman. Coſta, in cap. ſi pater, 1. part. verbo, vxorem, nu. 15. de teſtam. in 6.

4 Nec † diluit obiectionem, quod vulgo dicitur, non eſſe nouum, vt alius ſoluat, alius repetat, vt inquit Vlp. in l. nec eſt nouum, 5. ff. de condict. indeb. & in idem allegatur, l. ſi procurator, 6. & l. tutores, ff. eod. tit. l. cum fundus, §. 1. ff. ſi cert. petat. l. vlt. §. ſed & ſi legatarij, verſ. ſin vero creditores, & §. ſin vero hæredes, C. de iure deliber. id enim propterea procedit in relatis iuribus, quia repetens habebat actionem contra dantem, qui conuentus cogebatur repetere; vnde ad euitandum circuitum, directo repetit is, qui non dedit, vt tradit Bart. & reliqui, in d. l. cum fundus, §. 1. & ſatis oſtendunt præcitata iura in contrarium adducta, præcipuè d. l. cum fundus, §. 1. verſ. vlt. iuncta gl. verbo, paratus ſit; & confirmat l. quod ſi poſſeſſor, verſ. vlt. ff. de petit. hæredit. At fiſco, quando aufert ab indigno, non datur actio ad euitandum circuitũ, non enim poterat agere contra dantem, qui non deliquerat, ergo in fiſco nequaquam verificatur repetitio, quod erat intentum ſupra poſitæ obiectionis.

5 Deinde † conuincitur: nam ſi fiſcus aufert, cum quæſtio in hoc textu generaliter proponatur circa vſumfructum, dotem, & alia relicta: cur Scæuola limitatè decidit, quod vſusfructus nomine vxor percepit, ab ea repeti: nihil verò reſpondit de alijs fideicommiſſis, & interuſurio dotis prælegatæ, iuxta l. 1. verſ. & verum eſt, ff. de dote prælegata, iuncta l. 2. §. vlt. ff. ſi quis aliquem teſt. proh. Quæ obiectio non ſolum refragatur interpretationi, quæ fiſco fauet, verum, & quæ hæredibus defuncti.

6 Aliter † tandem interpretatur ſubtiliſſimus Eman. à Coſta, in d. cap. ſi pater, verbo, vxorem, de qua hic, non potuiſſe acquirere ob repugnantem tacitam defuncti mariti voluntatem, qui deceptus fuiſſe deprehenditur. & conſequenter id prodeſſe venientibus ab inteſtato.

Qui quidem intellectus conuenit cum primo, in eo, quod hæredes legitimi admittant, non fiſcus; diſcrepat verò in eo, quod primus ſupponit interim vxorem ipſo iure recepiſſe relictum, & tenere niſi adimatur, & repetatur, vt infra oſtendemus; at Coſtæ intellectus ſupponit vxorem nunquam iure cepiſſe relictum.

Verum hæc Coſtæ interpretatio etiam ſuſtineri nequit: Primò, quia matrimonium, quod poſtea conſtitit fuiſſe contractum illicitè, non reddit mulierem incapacem, nec tale quid in iure reperitur; ſed vel iure capit adhuc & retinet, vt cõſtat ex d. l. præfectus, ff. de ritu nupt. & l. vlt. ff. de legatis 1. & l. 2. verſ. per contrarium, ff. de his, quibus vt indignis, vel indigna eſt, & fiſcus aufert, vt probatur ex d. l. cum hic ſtatus, §. vlt. ff. de donat. inter virum & vxor. l. qui contra, 4. C. de inceſt. & inutil. nupt. l. Claudius Selecus, ff. de his, quibus vt indignis.

Quod autẽ error teſtatoris poſſit eſſe in cauſa, vt legata relicta, pro non relictis accipiantur, & ita quaſi non data ab vxore repetantur, vt inferius oſtendemus, ex l. ſi pater, & l. nec apud, C. de hæred. inſtit. vt innuit Coſta, d. nu. 17. & clarius oſtendit nu. 16. id tamen non poteſt applicari noſtro textui, citra vitiũ diuinationis: non enim ſequitur, poſt aliquod tempus pronunciatum eſt matrimonium illicitum, ergo antea erant coniuges in bona fide, & ignorantes, ad effectum, vt maritus dicatur illi mulieri tanquam vxori reliquiſſe, quæ poſtea non vxor apparuit; immò gloſſa hic putat vtrumque coniugem ſcienter contraxiſſe illicitum matrimonium; quod non diceret, ſi ex textu contrarium colligeretur.

Deinde, dato, quod vxor eſſet incapax ob errorem mentis teſtatoris, cur Scæuola propoſita generali quæſtione, ſolum reſpondit, id quod fructus nomine percepiſſet, repeti poſſe? quod ſine myſterio à ſubtiliſſimo I. conſulto prolatum intelligi nequit.

7 Vnde † pro intellectu, & materiæ cognitione aduertendum eſt, quando aliquid aufertur tanquam ab indigno, non deferri cohæredi, ſubſtituto, aut venientibus ab inteſtato, ſed fiſco adijci, l. 1. l. hæreditas, vbi Bart. & reliqui, C. de his, quibus vt indign. l. indignus, ff. eodem tit. Guilielm. Benedictus, in cap. Rainutius, verbo, condidit. il. 2. nu. 16. de teſtam. inſignis Hiſpanus Molina, lib. 1. de primogenijs, cap. 9. nu. 26. plurimos refert. Caldas Luſitanus, in l. ſi curatorem, verbo, ſua facilitate, nu. 16. C. de in integr. reſt. minorũ. Vallaſc. conſ. 15. tomo 1. Peregr. in tract. de iure fiſci, in tit. de indignis, à princip. & conſ. 69. nu. 10. lib. 2. Luſitanus Georgius de Cabedo, Senator Palatinus, deciſ. 58. num. 3. & deciſ. 81. nu. 3. in 2. parte.

8 Si † verò tempore delationis perſona ſit incapax ex quolibet capite, tunc non fiſco, ſed vel ſubſtituto, vel cohæredi, aut venientibus ab inteſtato locus fiet: quia talis perſona cenſetur de medio ſubducta; nec conſequenter in ea aliquod ius inhæret, quod fiſcus poſſit auferre, & ob id inſtitutio vel legatum incapaci relictum, pro non ſcripto cenſetur, l. 3. ff. de his,

quæ

45

quæ pro non ſcript. l. vnica, §. & cum triplici, C. de caducis tollend. cum incapax pro mortuo reputetur, l. 1. §. ſed ſi patronus, ff. de coniungendis cum emancipato. l. ſi necem, §. deportatus, ff. de bonis libertorum. Atque ita primo vocato exiſtenti incapaci, ſtatim ſequẽtibus vocatis, ex diſpoſitione hominis, vel legis, excluſo fiſco, defertur ſucceſſio, ac ſi ille incapax vocatus non eſſet, l. 1. §. qui habebat, ff. de bonorum poſſeſs. contra tab. vbi dicit Bart. quod filius incapax non obſtat ſequentibus in gradu, ac ſi eſſet mortuus, l. filium, vbi gloſ. ff. de inoff. teſtam. l. 1. §. ſciendum, vbi Bart. ff. de ſuis, & legit. l. 2. §. ita demum, ff. ad S. conſ. Tertul. Bald. in l. ſi quis, §. talem, C. de ſecundis nupt. Sequitur Molina, d. lib. 1. de primog. cap 9. n. 30. tradit Peregr. d. tract. de iure fiſci, in tit. de incapacibus, à principio, & conſ. 69. nu. 9. lib. 2. Cabedo, d. 2. parte, deciſ. 57. nu. 6. & hanc defferentiam inter indignum, & incapacem, vltra præcitatos latè comprobat Eman. à Coſta, in d. cap. ſi pater, 1. parte, verbo, vxorem, num. 17. nouiſſimè Ioannes Garzia Saauedra, in tract. de tacito fideicommiſſo, nu. 40. ubi plures refert.

9 Et hinc † eſt, quod ſi pater inſtituat ſpurium, vel ei leget; hæreditas, vel legatum non tranſit ad fiſcum, ſed ſubſtitutis, cohæredibus, vel legitimis hæredibus competit, Bart. in l. vlt. nu. 8. ff. de his, quib. vt indign. eſtque cõmunis opinio vbique recepta, per Alex. conſ. 74. nu. 6. lib. 3. & in l. ſi is qui, nu. 3. ff. de vulgari, Paul. in l. 1. n. 5. ad finem, C. de his, quibus vt indign. Iul. Clarus, in §. teſtamentum, quæſt. 31. verſ. ſed quid ſi pater. Gama Senator Luſitanus, deciſ. 343. nu. 2. qui omnes prę dicta ratione mouentur, quod ſcilicet filius ſpurius vti incapax, pro mortuo habetur, & iam non eſt perſona, à qua fiſcus auferat.

10 Vnde † ſi pater intermediam perſonam inſtitutam, vel aliter honoratam grauet, vt filio ſpurio reſtituat, & tacitam fidem grauatus ac commodet, tunc fiſco locus fiet, l. eum, qui, ff. de his, quibus vt indignis. Ordinatio Luſitana, lib. 2. tit. 26. §. 23. tradit Bologn. conſ. 24. Iul. Clarus, in d. §. teſtamentum, quæſt. 31. verſ. ſed quid ſi pater, ad finem, & lib. 5. Sententiarum, §. finali, quæſt. 79. verſ. quando hæres; & generaliter in quibuſuis tacitis fideicommiſſis tradit l. in tacitis, ff. de legatis 1. vbi gloſſa plura iura congerit, & in l. 3. ff. de iure fiſci. Latè Ioannes Garzia Saauedra, in d. tract. de tacito fideicommiſſo; & ratio eſt (quam etiam Clarus notat in d. verſ. ſed quid ſi pater) quod tunc datur perſona capax, quæ indignitatem commiſit, à qua iam fiſcus poteſt auferre.

Quod limitabis in terminis l. ita fidei, §. patronus, ff. de iure fiſci; & in ſimilibus, in quibus hæres, quaſi de proprijs bonis rogatur, & fidem tacitam, accommodat, vt eleganter comprobat Eman. à Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verb. bona omnia, numero decimo, verſ. vlt. & num. ſequenti. nam in his caſibus fiſcus remouetur.

11 Hinc † etiam prouenit, quod hæres, qui non vindicauit mortem defuncti, indignus eſt, & ab eo fiſcus aufert; quia capax eſt, & in ipſius perſona hæreditas reſidet, l. hæredem, ff. de his, quibus vt indignis, l. 1. C. eodem tit. l. ſi ſequens, ff. ad S. conſultum Syllan. Iaſ. in d. l. 1. numero quarto, Iul. Clarus in d. §. finali, quæſt. 79. verſ. item quando. *Luſitanus* Cabedo deciſ. 58. nu. 1. 2. parte. Placa', in Epitome delictorum. lib. 1. cap. 39. num. 23.

12 An † autem hæc pœna hodie vigeat, uide per Follerium in pract. criminali, cap. 9. à numero 32. Iul. Clarum, in d. §. finali, quæſt. 79. verſ. item quando; & per alios recentiores, qui omnes talem pęnam conſuetudine abolitam dicunt. Quæ quidem conſuetudo, dubito, an iuſta ſit: quia licet ipſi dicant, quod lex ciuilis, exigens vt hæres necem defuncti vindicet, ſit nutritiua peccati, quia impediretur pax, concordia, & iniuriarum remiſſio, ſine dubio falluntur: nec enim nutritiua peccati eſt, nec pacem excludit: quia quo liberius deprauatæ naturæ habenæ laxantur, eo magis delinquit: & tunc vere pax abeſt, cum peccatis, & ſceleribus ſubditorum exulat tranquilitas Reipublicæ, & ita, delictum plures vltores habere, etiam coactos, vel inuitatos, non eſt contra imò pro dictamine iuſtitiæ vindicatiuæ, in qua propriè politica & publica quies conſiſtit; peccati igitur nutritiua non eſt illa lex, quæ ſtat pro iuſtitia vindicatiua, peccata deterrendo, vel puniendo, idque in exemplũ ceterorum. Quod adeo verum eſt, vt dicat d. l. 1. C. de his, quibus vt indign. ibi: *Debitum officium pietatis ſcientes omiſerint*, &c. in vltione necis teſtatoris verſari pietatem; & in omiſſione ingratitudinem teſtetur I. c. in l. Caius, in fine, ff. ad Syllan. clamat enim ſanguis occiſorum, & qui ſine odio vindicat, executor potius iuſtitiæ, quam iniuriarum ſuſcitator dicendus eſt; alioquin effræni viro ſecurius eſſet occidere, quam vulnerare: nam ſuperſtitem vulneratum timeret, & ita arceretur à facinore; at occiſus, niſi coactum vltorem haberet, inultus maneret, & crimen inultum: cum nemo ſit adeo pro defuncto ſolicitus, vt litium ambagibus, ac curis implicari velit, ſi recedere permitteretur; & ita minus auerterentur facinoroſi à necando, quod vltimum malorum eſt. Inſuper, hæredes necem defuncti non vindicantes, non tam remittere, quam

omittere iniuriam illatam cenſerentur. Ex quibus, & alijs, quæ adduci poſſunt, potius damnarem præfatam conſuetudinem, quam legem, quæ mortem defuncti vindicari iubet. Quæ ſententia iuuatur ex ijs, quæ dicit Placa, d. cap. 39. numero vigeſimo quinto, reſoluens de iure, non poſſe hæredem occiſi inire pacem cum occiſore, vbi tamen de iure Caſtellæ aliter fuiſſe conſtitutum dicit.

13 Infertur † tandem, quod cogens morientem teſtari, vt ipſe inſtituatur, hæreditas ab eo aufertur, & fiſco applicatur, l. 1. iuncta Rubrica, ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit, vel coegerit, l. 1. C. eod. tit. vbi notant Bart. Bald. Paul. & reliqui Scribentes, Cabedo, Deciſ. Luſitana 58. numero decimo, tomo 2.

14 Quid † autem dicendum eſt, ſi quis compellat teſtatorem, vt tertium quendam inſtituat hæredem ignorantem, & fraudis non participem: an ab illo debeat fiſcus auferre, tanquam ab indigno: vel ipſe inſtitutus retinere: an venientes ab inteſtato admitti debeant?

15 Pro † fiſco facit, quia iſte capax eſt, & tamen indignus voluntate defuncti, quam non habet, l. hæreditates, C. de his, quibus vt indign. & à capaci, ſi aliquando auferendum eſt, ſolus fiſcus aufert, iuxta ſupra dicta; in terminis tenet Paul. in d. l. 1. C. ſi quis aliquē teſtari prohib. vbi Bald. numero quinto, & Bart. in l. 2. C. eod. tit. in hanc partem inclinat, dum vltimo loco refert ſententiā eorum, qui dicunt fiſco locum fore, ſecundum notata per Decium, in l. cum fundus, 31. §. ſeruum ſuum imprudens, numero nono, ff. ſi cert. petat. tandem pro fiſco ſtat gloſſa in Rubrica, ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuer.

16 Pro † inſtituto verò adeſt ſententia gloſſæ ſibi contrariæ, in l. 2. verbo, remoueri, in fine, C. ſi quis aliquem teſtari prohib. quæ mouetur per textum in l. metum, 9. §. ſed licet, ff. de eo, quod metus cauſa, vbi quis retinet, quod accipit occaſione metus ab altero illati; gloſſam ſequitur Iaſ. ibidem, numero tertio, ad finem, gloſ. etiam, verbo, leges, in Auth. vt cum de appell. cognoſc. §. cauſas, coll. 8.

17 Pro † venientibus tandem ab inteſtato facit l. vnica, verſ. ſi hæres inſtitutus, ff. ſi tabulæ teſtam. nullæ extab. vbi ſi inſtitutus defectus eſt voluntate defuncti volentis ab inteſtato decedere, non fiſcus, ſed legitimi capiunt excluſo inſtituto.

Præterea, facit communis Doctorum diſtinctio, quam tradit Bart. in l. ſi pater, nu. 1. C. de hæredibus inſtit. & in l. aufertur, ff. de iure fiſci, quod quando quis efficitur indignus culpa, & delicto alterius, non fiſco, ſed venientibus ab inteſtato hæreditas, vel legatum defertur, quaſi iſte magis incapax cenſendus ſit, quam indignus. Sequuntur communiter Doctores, Alex. in l. ſi is, qui ex bonis, col. 1. ff. de vulgari. & conſ. 202. nu. 6. Scribentes, in l. 1. C. de hæredibus inſtit. Sequitur late Peregr. de iure fiſci, tit. de indignis, nu. 4. & 6. & conſ. 69. nu. 8. lib. 2. Nouiſſimè Luſitanus Cabedo, 2. parte, deciſ. 81. numero vigeſimo primo

18 In quo † triuio, vt ipſe interponam iudiciū meum, & viam eligam, prius diſceptandum eſt, an valeat teſtamentum, quod quis metu condidit: alioquin inutiliter agetur de inſtituto, & fiſco in propoſitis terminis. Quam quæſtionē excitauit gloſſa 1. in l. 1. ff. de teſtamentis. & reſoluit tale teſtamentum (quaſi metus libertatem ſupremi iudicij infecerit) inualidum eſſe, ac nullum. Eandem gloſſæ ſententiam ibidem ſequitur Imola, columna prima; eandem ſequitur Iaſ. in l. 1. numero tertio, C. ſi quis aliquem teſtari prohib. in terminis, quibus compellens ſe ipſum inſtitui fecit.

Quod autem teſtamentum metu factum, ſit inualidum, probatur Primò, argumento matrimonij, quod metu celebratum irritum eſt. cap. Abbas, quod metus cauſa, cap. cum locum, cap. veniens, il. 2. de ſponſalibus. Deinde confirmatur argumento textus in l. qui teſtamento, 20. §. vltimo, ff. de teſtamentis, vbi teſtibus coactis, & inuitis detentis, teſtamentum eſt nullum. Tandem facit, quia aliàs defraudarentur vltima morientium elogia, ſi coacta inſtitutio ſuſtineretur in fauorem fiſci auferentis tanquam ab indigno, in pręiudicium legitimorum hęredum, vel in priori teſtamento ſcriptorum. Vnde recte ſequebatur, nec inſtitutum poſſe retinere hęreditatem ex teſtamento metu facto, vtpote nullo: nec ab eodem ſcripto hęrede fiſcum ablaturum hęreditatem, quæ data non apparet, ſed potius deferendam ab inteſtato venientibus, vel ad ante ſcriptos hęredes in legitimo teſtamento. Quam illationem non recipiebat Iaſ. vbi proximè, quando metum inferens, non ſeipſum, ſed tertium aliquem ignorantem inſtitui faciebat: putat enim teſtamentum tunc ualere, ne factum alterius alteri obeſſet.

Et in primis hęc Iaſonis differentia nequaquam ſuſtinetur: nam ſi ex defectu conſenſus teſtamentum corruit, quando compellens ſeipſum inſtitui facit: ita etiam ex eodem defectu corruere debet, quando compellens alium inſtitui facit, aliàs non inſtituendum: nā vtrobiq; vitiū coactę uoluntatis ęquè militat,

& actum

& actum inficit: & ſi defectus datur in ſubſtantia actus, non poteſt ſuppleri, aut prætermitti
19 propter ignorantiam partis, cum † qualibet ſubſtantiali omiſſione etiam minima, actus corruat ſecundum Doctores, quos citat Felin. in cap. cum dilecta, col. 3. de reſcriptis. Sequitur Decius. conſ. 532. nu. 9. etiamſi iuſta cauſa omittendi intereſſet. Bald. in l. 1. ff. de liberis & poſth. ſequitur Luſitanus Gama, deciſ. 45. num. 3.

20 Deinde † aduerto, quodcumque teſtamentum metu factũ ipſo iure ualidum eſſe; hancq; ſententiam eſſe in puncto iuris veriorem, & illam ſupponere tãquam indubitatam omnes Scribentes ad l. 1. C. ſi quis aliquem teſtari prohib. & id ſuadet ſatis d. l. 1. iuncta l. 2. infra eodem tit. l. 1. ff. eod. tit. vbi, qui dum captat hæreditatem legitimam, vel ex teſtamento, prohibet teſtatorem volentem facere teſtamentum, vel mutare, indignus eſt: at perinde eſt cogere aliquem, vt compellentem ſcribat hæredem, atque prohibere ne teſtamentum mutetur, in quo antea ſcriptus erat.

Præterea, ſatis confirmat hanc ſententiam Rubrica ff. & C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit, vel coegerit, vbi æquiparatur prohibitio teſtandi, & coactio ad teſtandum: ita vt æquè indignus ſit ille, qui prohibens teſtatori, ne teſtamentum denuo faciat, ex ante facto teſtamento, in quo ſcriptus erat, hæreditatem aucupatur; & qui compellit, ſeu cogit, vt teſtetur, & compellentem ſcribat hæredem; idem conſtituit Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 84. §. 4. indignitas autem ſupponit capacitatem, vt ſupra oſtendimus, & ita per antecedens neceſſarium fateri cogimur teſtamentum metu factum ipſo iure indiſtinctè validum eſſe.

Rurſus facit l. ſi mulier §. ſi coactus, ff. de eo, quod metus cauſa, iuncta gloſſa, verbo, volui, vbi Bart. & reliqui dicunt, voluntatem coactam, voluntatem eſſe, vt patet ex textu, ibi: *Tamen coactus volui*, &c. Cum igitur detur voluntas, teſtamentum ipſo iure valebit: quæ cum non ſit libera, indignum hæredem reddit. Et vt breuiter colligam, perſona compellens, vel tertius, quem inſtitui facit, capax eſt, teſtator aliqualiter voluit; ergo mero iure hæres erit, licet priuandus veniat.

21 Tandem † probatur ex l. 1. verſ. vlt. ff. de doli mali, & metus except. vbi ſupponens Prætor validum eſſe, quidquid dolo malo, vel metu fit (dum exceptione ſuccurrit) idem intelligit in teſtamentis, vt patet ibi: *Quam in teſtamentis*, &c. & in dolo innuit etiã text. in l. Lucius, 88. §. Sempronia, ff. de legatis 2. iuncta gloſſa, verbo, actionem, quæ per textum ibi reſoluit hæreditatem dolo collatam conſiſcari, quaſi datio ſtricto iure teneat; & certè magis inficit voluntatem dolus, quam metus; nam metus qualemqualem certam voluntatem extorquet, at dolus nullam. Vnde ſi teſtamentum dolo factum de iuris ſeueritate valet, licet hæres ſcriptus ſit indignus, vt in terminis cõſtituit Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 84. in princip. à fortiori metu factum valebit.

22 Nec † iam obſtant, quæ in contrarium adduximus: nam ad primum, de matrimonio, reſpondetur, quod propterea in eo liberrimus conſenſus requiritur, ne aliàs perpetuum diſſidium inter coniuges detur, & exitus triſtes, ac Reipub. pernicioſi ſequantur, ſi coacti cohabitent: non enim minus infeliciter coniunx coactus deget, quam illo breui ſpatio, quo inter ferales anguſtias patricida viuit culeo inſutus cum cane, vipera, gallo gallinaceo, ſibi perpetuo diſſidentibus, iuxta §. alia deinde lex, Inſt. de publicis iudicijs; & ita hoc ſpeciale eſſe in matrimonio, ne metu factum teneat, tradit gloſſa, verbo, non valet, in l. 1. §. vlt. ff. de autoritate tutorum.

23 Non † obſtat deinde d. l. qui teſtamento, vigeſima, §. vltimo, ff. de teſtamentis, quia hoc etiam ſpeciale eſt, vt ponit proximè citata gloſſa, d. verbo, non valet. Ratio autem ſpecialitatis ex eo colligitur, quia cum teſtes in teſtamentis requirantur in numero ſeptenario, ad propulſandas falſitates, & ſuppoſitiones inhiantium hæreditatibus defunctorum, & ob id rogati eſſe debebant, & non fortuiti, Authent. de teſtibus, §. & licet, collat. 7. & Auth. Rogati, C. eodem titulo, vltra alios Vigl. in §. ſed hæc quidem, à numero ſeptimo, Inſt. de teſtament. ſi coacti, & inuiti ſufficerent, non eſſet ſatis proſpectum, & conſultum voluntati teſtantium: nam coactus, & reluctans teſtis, nec audit, nec percipit, & perinde eſt, ac ſi ſomno, vel morbo comitiali occupatus tacuiſſet, vt in ſimili tradit Vlp. in d. l. prima, §. vltimo, ff. de autorit. tutorum, metus enim hos ſenſus potius impedit, quam expedit, iuxta illud, quod ex Epicharmo refert Alciat. in Rubrica C. de in ius vocando, ad fin. videlicet, mentem videre, & audire, non oculos, aut aures. At teſtator compulſus, vt inſtituat aliquem, opus eſt, vt voce exprimat, l. hæredes palam, ff. de teſtamentis; vt autem loquatur, mentem excitare debet, & voluntatem, & conſequenter ita teſtari velle; vnde nihil mirum, quod teſtamentum valeat metu factum, non valeat tamen teſtibus metu coactis.

Nec tandem officit, quod aliàs fraudarentur ſuprema iudicia, ſi valeret prædicta inſtitutio, vt fiſcus auferat: nam illud primò & principaliter prouenit ex concurrentibus requiſitis ad validitatem teſtamenti, ſcilicet,

Digitized by Google

voluntate defuncti, quamuis coacta, & habilitate perſonæ inſtitutæ: fiſcus verò auſert, quia ſcriptus indignè retinet, licet capiat. Quod verò attinet ad præiudicium ſcriptorũ in priori teſtamento legitimè facto, vel alias venientium ab inteſtato, infra oſtendemus nullum oriri.

24 Præterea † principaliter aduerto, tripliciter poſſe auferri ius à capace, (de incapace enim non loquor) Primò, quia per errorem ei collatum eſt, v. g. in terminis l. ſi pater, 4. C. de hæred. inſtit. vel quia indignitatem aliquam ipſe commiſit; aut tandem ex facto alieno, ratione cuius quis deſtituitur voluntate dantis.

Primo caſu, fiſcus non auſert: quia per errorem datum, potius non datum cenſeri debet, quam adimendum, & ideo fiſcus non auſert, ſed legitimi hæredes; probat textus in l. nec apud, 7. C. de hæredibus inſtit. ſecundum quem debet explicari d. l. ſi pater, vt ibi docet gloſſa, verbo, auferendam, in fine; quod tenet in terminis Paul. Caſtrenſ. in l. 1. numero quinto, C. de his, quibus vt indign. Pariſ. conſ. 11. Cum iſte infans, numero decimo quarto, & conſ. 29. Cato, numero 113. volum. 2. Eman. à Coſta Luſitanus, l. c. in capitulo ſi pater, prima parte, verbo, vxorem, numero decimo ſexto, de teſtam. in 6. eleganter explicat Peregr. conſ. 69. numero vndecimo, libro ſecundo, licet perperam meminerit culpæ, & delicti alieni: quia tunc legitimi hæredes capiunt, non vt ab indigno, ex facto alterius, ſed potius ab eo, qui non iure accepit: indignus enim iure capit, licet iure non retineat, vt ſupra oſtendimus.

25 Secundus † caſus in duo membra ſecandus eſt; vel enim quis indignitatem commiſit aduerſus teſtatorem, vel aduerſus aliquem tertium; Primo membro fiſcus auſert: nam quando committitur contra teſtatorem (& hæres capax eſt) nemo poteſt opponere de indignitate, ad ius, quod ſibi non competit, poſtquam cum effectu hæredi indigno delatum eſt; ſed ſolus fiſcus; tradit gloſſa communiter recepta, in l. his conſequenter, §. 1. verbo, non pertinere, ff. familiæ erciſcundæ, Bart. conſ. 81. numero ſeptimo, Couar. qui plures refert, de ſponſalibus 2. parte, cap. 6. §. 8. numero vigeſimo tertio, Iaſ. in l. 1. numero ſexto, C. de his, quibus vt indignis, plures refert, & probat Coſta, in d. verbo, vxorem, numero duodecimo nouiſſimè Luſitanus Senator Cabedo, qui alios refert, 2. parte, deciſ. 50. numero primo, & deciſ. 81. numero vigeſimo ſexto, Peregr. d. conſ. 69. numero decimo, lib. 2. & ita procedit l. Papinianus, 8. §. meminiſſe, ff. de inoff. teſtamen.

26 In ſecundo † vero membro, quando indignitas committitur contra aliquem, qui agere poteſt, tunc fiſcus remouetur, & offenſus duntaxat admittitur ad auferendum, vt probat in duplici ſpecie textus elegans, in l. penul. C. de legatis, in legatario ſcilicet, qui in fraudem hæredis teſtamentum ſubtraxerat; & in eo, cui legatur, vt tutelam gerat, & renuit gerere: nam vtrobique & hæredi, & pupillo relictum aſſignatur; & legatarius reducitur ad conditionem incapacis, vt patet ibi: *Maneat autem quaſi pro non ſcripto apud hæredem*, &c. tradit Bart. in l. prima, numero primo, vbi Paul. numero quinto, Iaſ. numero ſexto, C. de his, quibus vt indignis; & reſpectu pupilli, eſt textus ſimilis in l. poſt legatum, §. amittere, ff. de his, quibus vt indign.

27 Tertio † tandem caſu (ſuppoſito, quod non ſit incapax, nec indignitas committatur aduerſus aliquem tertium, ſed tantum contra defunctum) puto fiſcum præferendum. Secundum quod, ſi quis teſtatorem coegit, vt tertium quendam ignorantem, etiam non conſtitutum in poteſtate compellentis, inſtituat, talis inſtitutus eſt indignus, & ab eo fiſcus auferet; ſic intellecta l. 1. C. ſi quis aliquem teſtari prohib. ſecundum primam opinionem, quam ſupra retulimus.

Nec obſtant fundamenta ceterarum opinionum: nam in primis, dum gloſſa, & qui eam ſequuntur, dicunt inſtitutum tertio compellente, hæreditatem retenturum, loquuntur contra dictamen rationis, quatenus permittunt retentionem bonorum ei, cui potius reſiſtit, quam aſſiſtat cauſa, ob quam retinere poteſt, ſcilicet voluntas defuncti. Nec gloſſæ ſententiam iuuat adducta l. metum, 9. §. ſed
28 licet, ff. quod metus cauſa: Nam † vltra reſponſionem Baldi, in d. l. 1. nu. 5. C. ſi quis aliquẽ teſta. prohib. qui dicit, metũ, de quo in d. l. 1. eſſe cauſam proximam acquiſitionis illius tertij: at in d. §. ſed licet, eſſe cauſam remotam, quæ non attenditur, & in cauſa proxima acquiſitionis nullum vitium reperiri. Clarius reſponde in d. §. ſed licet, tertium, qui mercedem accepit, pro iuſta opera eam accepiſſe, ad remouendum ſcilicet metum illatum, vel ab illo liberandum; & ita metus ſe habuit occaſionaliter tantum ad acquiſitionem, de qua ibi; vt in d. l. 1. tertius inſtitutus Lucium ſentit, non quidem remouendo metum, ſed potius admittendo, & ipſius ratione, & cauſa.

29 Pro vltima † verò opinione, quæ legitimis hæredibus fauet, non pugnat primum fundamentum ex l. vnica, verſ. ſi hæres inſtitutus, ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt: nam textus ille procedit multis cõcurrẽtibus. Primò, qđ hęres non habeat voluntatẽ defuncti, vt pa

tet

Digitized by Google

ret ibi: *Non habeat voluntatē*, &c. Secūdo, quod factum etiam teſtatoris interueniat, ſcilicet incisio, vel cancellatio, vt patet ibidem: *Quia inciſa ſunt, vel cancellata*, &c. vbi notat gloſ. verbo, acceperunt. Sentiunt omnes in l. penult. C. de teſtamentis, vbi Bart. nu. 3. Paul. nu. 2. Bald. nu. 1. & omnino nu. 2. ad finem Iaſ. nu. 2. Tertio tandem requiritur, vt velit moriens inteſtatus decedere, vt patet ibi: *Voluitque inteſtato decedere*, &c. & ita notant præcitati, in d. l. penult. vbi gloſ. verbo, non valere, & probat l. vlt. in fine, ff. de his, quæ in teſtamento delentur.

Nec obſtant verba in d. verſ. ſi hæres inſtitutus, ibi: *Quia alia ratione teſtator voluntatem mutauit*, &c. quæ videntur includere quamlibet mutationem voluntatis, vltra realem, quę facto interuenit, ad effectum, vt ſoli legitimi admittantur: *Quia* immo ex ijſdem verbis ſuadetur ſupra poſita interpretatio: nam verbum (*alia*) ſimilem præcedentibus mutationem inuoluit (ſecundum gloſſam communiter receptā verbo, alia, in l. 3. C. de ſeruis fugitiuis, vt in ſimili interpretatur Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, inſtituit, nu. 15. extra, de teſtam. in 6.) quas conſtat eſſe mutationes reales, vt notauimus; itidem debent reſpicere totum teſtamentum, vt tradunt relati Doctores in d. l. penult. C. de teſtam. idque propter l. proximè, ff. de his, quæ in teſtamento delentur.

30 Non facit † tandem pro legitimis hæredibus vltimum fundamentum; quia tunc delictum, & culpa alterius non faciet quem indignum in vtilitatem fiſci, quando ex mente defuncti non inſtituendum fore colligeretur; quia ſi tunc cenſeatur non accepiſſe, nec inſtitutionem factam eſſe, vt apparet in inſtitutione per errorem facta, eleganter declarat Peregrinus, conſ. 69. nu. 11. lib. 2. Si verò inſtitutus habet qualemqualem defuncti voluntatem, ob quā ipſo iure ſuſtinetur inſtitutio, quo caſu iam venientes ab inteſtato excluduntur, tunc ſolus fiſcus admittetur, dumodo inſtitutus nō habeat liberam defuncti voluntatem: quo caſu verè indignus eſt. notat gloſ. verbo, non valere, ante finem, in l. penult. C. de teſtamentis, vbi innuunt Bart. nu. 3. Paul. nu. 2. Bald. nu. 1. & reliqui. Vnde redditur dubia ſententia eorum, quos refert, & ſequitur Vallaſc. conſ. 7. nu. vlt. verſ. vlt. præcipue iunctis ijs, quæ ſupra tradidi, nu. 21.

31 Hæc quando † quis teſtari compulit; quid ſi teſtari prohibuit, iuxta tit. ff. & C. ſi quis aliquem teſtari prohibuit. & breuiter reſoluendum eſt, quod ſi prohibens erat ſcriptus in ante condito teſtamento, vel proximior ab inteſtato (ſi nullum teſtamētum præcedebat) vtroque caſu ab illo, tanquam ab indigno hæreditas per fiſcum auſertur; & ita declaratur l. 1. ff. ſi quis aliquem teſtari prohib. vbi gloſ. verbo, fiſco, l. 2. C. eodem tit. vbi Bart. tradit Bald. in l. 1. à nu. 11. C. eodem tit. vbi Iaſ. nu. 1. & bene declarat Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 84. in principio. ita etiam declarat Iul. Paul. lib. 5. recept. ſent. tit. 12. §. 1. vbi Cuiac. quid ſi habebat cohæredes, vel æque proximos ſucceſſores? colliges ex ijs, quæ mature tradit colendiſs. Petr. Caballus, I. c. inſignis, & in aula Sereniſſimi magni Ducis Hetrurię, multis titulis, & nominibus decoratus, & decorandus. in ſua centur. 1. reſolut. criminal. caſu 10. à nu. 4. cum præcedentibus.

32 Si autem † prohibens teſtari, nec erat ante inſtitutus, nec proximior, tunc non præiudicat ante ſcripto, vel proximiori ab inteſtato, cui hæreditas defertur, iuxta l. 2. §. fratris, ff. ſi quis aliquem teſtari prohib. notant omnes proximè citati. innuit à contrario ſenſu Ord. Luſitan. d. tit. 84. in princip.

Verum obſtat huic vltimo diſtinctionis mēbro, quod ſicut antea diximus, compulſo teſtatore ad inſtituēdum aliquem tertium ignorantem, ab ipſo tertio ſcripto fiſcum auferre hæreditatem: ita etiam dicendum videtur, quando prohibetur teſtari; quaſi ille, qui remanet antea ſcriptus, vel ab inteſtato veniens, immediatè, & ratione tantum prohibitionis iniquæ, & metus illati, hæreditatem conſequatur indignè, vt eleganter ponit Bald. in d. l. 1. nu. 11. verſ. ſed contra, C. ſi quis aliquem teſtari prohib.

Quæ quidem objectio neceſſario euincit, vt tunc proximior ab inteſtato, vel aliàs antea ſcriptus admittatur, quando vel conſtabat teſtatorem illos velle inſtituere de nouo; vel quando ſumus in dubio: nam præſumetur, quod teſtator iterum vocaret, quem ſemel dilexit, inſtituendo: vel aliàs ſcriberet ſibi hæredes ab inteſtato venientes; ita Bald. d. nu. 11. verſ. ſed contra.

Si verò conſtitiſſet teſtatorem prohibitum teſtari, voluiſſe inſtituere aliquem tertium, tunc hæreditas non maneret in antea ſcripto, vel in legitimo hærede; immò fiſcus auſerret. Bald. in d. n. 11. verſ. ſed contra. Idem intelligo, quando proximior ab inteſtato, vel antea ſcriptus voluntatem defuncti non habebat, forſan quod de eo male merebantur, iuxta terminos l. hæreditas, C. de his, quibus vt indign. l. cum quidam, ff. eodem tit. quia tunc clarè conijcitur voluiſſe teſtatorem teſtari, vt ante factum teſtamentum mutaret; vel vt eriperet hæreditatem venientibus ab inteſtato de teſtatore male meritis; & conſequenter indigni manent hæreditate defuncti, & fiſcus ſine du-

bio auferet, vt intendit mens Baldi proxime relati. Ex quibus veiliter declarabitur Ord. Luſitana, d. tit. 84. in princip. vbi à contrario ſenſu ſignificabat, hæredem ab inteſtato, ſi ipſe per ſe, vel per interpoſitam perſonam teſtari non prohibuit, eſſe admittendum ad legitimam, prohibiti teſtari, hæreditatem, vt ſcilicet id intelligatur ſecundū præpoſitā diſtinct.

33 Secundum † quæ venit etiam declaranda Ord. Luſitana, d. lib. 4. tit. 84. §. 2. ibi: *O que ia tinha feito nam valeram couſa alguma, per quanto o teſtador teue vontade declarada de o reuogar, ſe ſe lhe nam impedira, & a heranca ſe applicaram a noſſa coroa, como deixada a peſoas indignas.* &c. id eſt, ante factum teſtamentum nullatenus valebit, ſi quidem apertè conſtat teſtatorem voluiſſe illud reuocare, niſi impediretur; & hæreditas applicabitur fiſco, vt relicta perſonis indignis, &c. deducitur ex l. ſi ſcriptis, ff. de his quib. vt indignis.

Et in primis aduerte, attenta Ord. Luſitana, teſtamentum ante factum non eſſe inualidum ipſo iure, cum ab ſcripto hærede hæreditatem auferri iubeat in vtilitatem fiſci, iuxta l. 1. ff. ſi quis aliquem teſtari prohib. teſtamento autem ipſo iure nullo, non reſidet teſtamentaria hæreditas in eo, à quo fiſcus auferre poſſit. Et ſuadet eadem Ord. Luſitana, in §. ſequenti, verſ. *& o dito teſtamento*, &c. vbi conſtituit tale teſtamentum non proficere illis, qui dolum, vel metum intulerunt; vt ita oſtendat teſtamentum in ſe validum eſſe; verum non prodeſſe doloſo, vel metum inferenti, cum ab eo, quidquid relictum eſt, fiſco auferendum ſit. & ſatis inſinuat d. l. ſi ſcriptis.

Deinde aduerte præfatam Ord. ſolum loqui in terminis, quibus ſcriptus antea hæres prohibuit teſtatori præconditum teſtamentum mutare volenti, vt patet ex d. §. 2. ibi: *& tendo huma peſoa feito ia ſeu teſtamento, e o quiſer reuogar, e hos herdeiros inſtituidos lhe impedirem*, &c. id eſt, & cum quis iam factum teſtamentum voluerit reuocare, & in eo hæredes ſcripti prohibuerint, &c. Vnde nihil mirum quod indiſtinctè iubeat Ord. hæreditatem auferendam.

Si autem vnus teſtari impediat, & alter ſit inſtitutus in priori teſtamento, qui doli particeps non ſit, tunc ſtandum eſt ſuprapoſitis reſolutionibus, & in dubio ab antea ſcripto hæreditas non auferetur, iuxta l. 2. verſ. fratris, ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuer.

Nec obſtabunt relata verba Ord. ibi: *o que ia tinha feito, não valera couſa alguma, porquanto o teſtador teue vontade declarada de o reuogar*, &c. vbi volens reddere rationem, ob quam ante conditum teſtamentum nullatenus valet, ſubiungit apertam voluntatem, quā teſtator habebat illud reuocandi, niſi impediretur; Hæc autem voluntas æquè militat, quando impedimentum opponitur à tertio, qui antea ſcriptus non erat, ac ab eo, qui ſcriptus erat: cum Ordin. ſolum habeat reſpectum ad reuocationem teſtamenti ante facti. Nam reſpondetur, Ordin. loqui in vno, eodemque impediente, & antea ſcripto hærede: vnde vt in alijs terminis locum habeat, requiritur paritas terminorum, ſcilicet voluntas clara etiam teſtamentum hoc reuocare volentis, vt patet ex Ord. ibi: *O quiſer reuogar, hos herdeiros inſtituidos lho impedirem*, id eſt, voluerit reuocare, & in eo hæredes ſcripti prohibuerint, &c. intelligetur autem reuocare velle, quando certum aliquem inſtituere malebat, vel antea ſcripti de teſtatore male merebantur. Quæ de teſtamentario hærede diximus, intellige repetita in legitimo hærede.

34 Illud † autem diſcriminis eſt inter caſum, quo impeditus teſtator volebat aliquem certum inſtituere, & caſum, quo ſolum conſtabat mutare velle teſtamentum, vel eripere hæreditatem venientibus ab inteſtato: quod in illo, qui teſtari prohibuit, tenebitur damnum ſarcire aliàs inſtituendo hæredi, iuxta infra proximè dicenda. In ſecundo verò caſu ceſſat hæc obligatio reſarciendi damnum, ſolumque tenebitur prohibens pœna extraordinaria, de qua Impp. in l. 1. C. ſi quis aliquem teſtari prohib. vbi notant omnes ſtatim à principio, & Clarus, lib. 5. Sententiarum, §. falſum, verſ. prohibens aliquem, qua pœna etiam tenetur in priori caſu, in vtroque tamen caſu fiſcus auferet ab hærede ſcripto, vel legitimo, vt diximus.

35 Quid † autem ſarcire debeat læſo illi, qui metu fecit, ne defunctus teſtaretur, cum illum ſcribere vellet: uel aliàs coegit, vt aliquem tertiū ignorantem ſcriberet hæredem, in præiudicium antea ſcriptorum, vel legitimorum, dubitationis eſt? & id, quod intereſt olim veniebat, vt notat gloſſa, verbo, actionem, per textum ibi, in l. Lucius, 88. §. Sempronia, ff. de legatis 2. vbi notant omnes. Paul. etiam in l. 1. ante fin. C. ſi quis aliquem teſtari prohib. vbi Bald. n. 6. & reſiqui. notat etiam gloſſa, verbo, teſtiaui, in Auth. Vt nulli iudicum, §. & hoc peruenit, collat. 9.

36 An autem † hodie teneatur in duplum propter d. Auth. in d. §. & hoc peruenit? diſputatur in d. l. 1. C. ſi quis aliquem teſtari prohib. & in d. §. Sempronia, vbi Accurtius affirmatiue reſpondet, verbo, actionem, ſequitur Bart. ibidem. Imola, Fulgoſ. in l. 2. C. ſi quis aliquem teſtari. Bald. in l. 1. nu. 6. C. eodem tit. Paul. ante fin. Iaſ. n. 2. vbi dicit communem, gloſſa etiam, verbo, leges, in Auth.

Vt

Digitized by Google

Vtrum de appell. cogn. §. cauſas, collat. 8.

Contrarium tamen, immò, quod textus in d. §. & hoc peruenit, ſolum procedat in terminis, de quibus loquitur, ſcilicet in iudicibus teſtari prohibentibus, tenuerunt etiam plurimi, in d. §. Sempronia, vbi Petrus, Cynus, Bald. ſibi contrarius. Rainerius, & Comenſis relati per Iaſ. d. n. 2. & certe, licet præcedens ſit communis, ab eaque in iudicando, & conſulendo temerè non ſit diſcedendum, præcipuè cum ita vltima elogia liberius, ac ſyncerius cō dantur, deterritis prohibentibus grauitate pœnæ, nihilominus tamen, ſi verum amamus, d. §. & hoc peruenit, procedit tantum in iudicibus, de quibus loquitur, propter ſpecialem rationem, quæ in illis militat: nam teſtari prohibentes grauius delinquunt, cum inde iniuriæ naſcantur, vnde iura naſci debebant, l. meminerint, C. vnde vi.

37 Prædictam † vero gloſſæ, & Bart. ſententiam ſecuta eſt Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 84. §. 3. vbi conſtituit, quod ille, qui metu, aut dolo fecit, ne quis inſtitueretur, vel alicui legaretur, omne lucrum tertio non quæſitum duplare tenetur, iuxta dictū §. & hoc peruenit, quam dupli pœnam imponit, vltra ademptionem hæreditatis, quam fiſcus aufert, ſi aliàs ad impedientem hæreditas vel ex teſtamento antea facto, vel ab inteſtato perueniſſet.

38 Illud † maximè notandum videtur, quod ſi prohibens teſtari, vel ſimiliter præiudicans illato metu, ne quis lucrum aliquod conſequatur à teſtatore relinquendum, niſi impediretur, effectus eſt non ſoluendo, aduerſus fiſcum auferentem ab indigno, in ſubſidium læſo ſuccurretur, vt in terminis tradit Bald. in d. l. 1. nu. 6. C. ſi quis aliquem teſtari prohib. quod ſatis æquum videri debet. & à fortiori procedet, quando prohibens ab initio iam non ſit ſoluendo, ne in poteſtate ſcelerati hominis ſit, alijs omnino obeſſe: & ita declarabitur Ord. Luſitan. d. tit. 84. in princip. & §. 2. in fin.

39 Ex quibus † longe repetitis colligitur, ab eo, qui verè indignus eſt, hoc eſt, qui ſecundū ſtrictum ius capit, & aliqualem voluntatem defuncti pro ſe habet (quæ errorem excludat) fiſcum auferre; ſiue indignitas proueniat ex facto proprio; ſiue ex facto alieno; cum iuſtum ſit illum non debere retinere relictum; dummodo indignitas non reſpiciat aliquem tertium, cui tunc competit condictio ex l. penult. C. de legatis.

40 Nec † conſequenter admittenda eſt Bart. diſtinctio in l. ſi pater, nu. 1. C. de hæredibus inſtit. & in l. aufertur. ff. de iure fiſci, vbi dicit, quod quando quis eſt indignus facto, & delicto alterius, fiſcus non aufert, ſed venientes ab inteſtato; quam Bart. ſententiam ſequentur plurimi, quos ſupra retulimus. Nam verius eſt, quod data indignitate reſpectu defuncti, ſiue ſit facto proprio, ſiue alieno, ſemper fiſcus aufert.

41 Propterea † autem in ſpecie d. l. ſi pater, (quando ſcilicet inſtituitur filius ſuppoſitus, ac ſi verè filius eſſet) venientes ab inteſtato, & non fiſcus, admittuntur: quia non tam agitur de indigno, qui cepit, quam de eo, qui non accepiſſe creditur, detecto errore teſtatoris. Confirmat l. quoties, 9. in princip. ff. de hæred. inſtit. ibi: *Placet, neque eum hæredem eſſe, qui ſcriptus eſt, quoniam voluntate deficitur*, &c. & ibi notat gloſſa, verbo, frater, l. neque profeſſio, C. de teſtamentis. ſentit gloſ. verbo, declaratus, in fine, in d. l. aufertur, ff. de iure fiſci. Et hanc interpretationem tradit Paul. Caſtr. in d. l. ſi pater, dum inquit, inſtitutionem ibidē haberi pro non facta, & conſequenter hæreditatem pro illa parte vacare. Sequitur Bald. ibi, nu. 1. vbi eleganter explicat prædictum titulum reſolui, & haberi pro non titulo, quo caſu fiſcus non aufert, l. vnica, §. & cum triplici, C. de caducis tollend. Eandem explicationem tradit Pariſius, conſ. 11. Cùm iſte infans, n. 14. volum. 2. & conſ. 29. Cato, nu. 113. eodem uolumine. Coſta in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, vxorem, nu. 16. de teſtamentis in 6. nouiſſimè Peregr. conſ. 69. nu. 11. uol. 2. ubi præcitatos non refert, quos ſimiliter explicaſſe conſtat. Faciunt quæ de errore in corpore tradit Luſitanus Caldas, in l. 3. verbo, ſine curatore, nu. 73. poſt med. C. de in integrum reſtit. minorum. Atque ita in d. l. ſi pater, venientes ab inteſtato admittentur, ſi quis vt filius, qui filius non erat, in ſolidum inſtituatur; ſi pro parte, admittetur ſubſtitutus, vel cohæres.

42 Adeo † autem in d. l. ſi pater, non conſideratur delictum alienum, ad effectum vt veniētes ab inteſtato, vel ſubſtitutus, aut cohæres admittatur: vt licet in tali filio obreptitio aliquod proprium delictum inſpicerem, v. g. ſi ſe alienæ familiæ ingerat, ſimulans ſe eſſe filium (quia parte rei in longinquo mortuus erat inſcio parente, vel abſens) & vti talis inſtitueretur à patre putatiuo; idem reſoluerem, ſcilicet, quod non fiſcus, ſed prædicti admitterentur: quia comperto errore, potius non inſtitutus, quam indignus apparet, d. l. quoties, in princip. ff. de hæred. inſtit. & ita non tanquam ab indigno, ſed tanquam ab eo, qui ſine cauſa retinet, hæreditas auferetur.

Præfata tamen explicatio, quam hucuſque corroborauimus, ad d. l. ſi pater, (vt id obiter dicam) ſuſpecta redditur, ex verbis euiſdem textus, ibi: *Auferendam ei ſucceſſionem*, &c. quę denotant ſolum fiſcum admittendum eſſe-

que

quę clarius ſuadet d. l. aufertur, ff. de iure fiſci, ibi: *Aufertur ei, quaſi indigno*, &c. vbi vocat indignum, & ab eo auferendam hæreditatem dicit; quod ad vtilitatem fiſci intelligi debet, ſecũdum Rubricam ſub qua collocatur, ne aliàs dicamus, d. l. aufertur, eſſe inibi fugitiuam; & ita tenet Fulgoſ. in d. l. ſi pater, quem ibidem ſequitur Iaſon, num. vlt. verſ. vlt. vbi tandem cum Fulgoſio quieſcit.

43 Verum † pro ſuprapoſita explicatione ad d. l. ſi pater, facit primò l. nec apud, 7. C. eodem tit. de hæred. inſtit. vbi qui adoptauit ſibi fratrem (quem non poterat adoptare ex ratione, quam ſubiungit gloſ. ibidem, verbo, frater) ſi pater adoptantis putat ſibi ex præcedenti adoptione filium agnatum fuiſſe, eundẽ inſtituerit, vt adoptatum: portio hæreditatis ad fratrem redit: quia iſte non tam indignus illa, quam potius eam non accepiſſe eredendus eſt, vtpote quia ex nullo, & erroneo titulo acquiſiuit.

Nec hoc fundamentum eneruat reſponſio Fulgoſij, & Iaſ. præcitatis locis, qui diſtinguũt inter errorem cauſatum à delicto alterius, & errorem cauſatum ex ignorantia teſtatoris; quaſi illo caſu inſtitutus indignus maneat ſimpliciter, ac verè, & fiſcus tunc auferat, iuxta d. l. aufertur, & d. l. ſi pater, quas ita explicãt. At in hoc non manet indignus, ſed potius annullatur inſtitutio, & vacat portio illa hæredibus ſcriptis, vel venientibus ab inteſtato, quando non habuerit ſubſtitutum, vel cohęredem.

Non, inquam, euertitur præfatum fundamentum: quia in d. l. nec apud, propterea admitittur frater cohæres, & non fiſcus, quia aperto errore apparet non adoptatus, & conſequenter non inſtitutus, & ſic hæreditas pro non ſcripta, quo caſu fiſcus ſilet, vt notauimus. Hæc eadem ratio viget in terminis d. l. ſi pater, quia ſimiliter error datur, & per conſequens eo detecto, idem iuris reſoluendum eſt; & ita tradit gloſſa, verbo, adoptata, in l. eam,
44 quam, C. de fideicommiſſis, vbi † æquiparat coniunctionem naturalem, & ciuilem, ad effectum, vt detecto errore, idem in vtraque iudicetur, quod ſcilicet ſit inſtitutio nulla: nam cauſa immediata vtrobique eſt error, & ob eundem titulus reſoluitur. Quod igitur talis error procedat à delicto tertij, vel ab ignorantia teſtatoris, vtpote cauſa remota, & mediata conſideratur, l. 1. ff. de authorit. tutorum.

Immò, error d. l. ſi pater, fuit facti, vt patet; at in d. l. nec apud, fuit iuris, putabat enim quis, quod in locum fratris adoptio procedere poſſit: & ita minus iuuandus videbatur filius verus aduerſus putatiuum, in d. l. nec apud, quam in d. l. ſi pater, iuxta l. 1. l. regula, ff. de iuris, & facti ignorantia, non tamen inficior cum Fulgoſ. & Iaſ. præcitatis, poſſe quem ex delicto alterius fieri uerum indignũ, a quò fiſcus auferat, ut ſupra notauimus; ſed id tamen intelligimus, quando uerò capit, licet indignè retineat.

Tandem pro ſuprapoſita explicatione ad d. l. ſi pater, facit, quod in ea ad preces ueri filij Impp. reſcripſerunt, hęreditatem eſſe auferendam, ergo in utilitatem, & compendium illius: nam priuati non poſſunt opponere, nec probare de indignitate, ratione cuius ſolus fiſcus aufert, ut ſupra probauimus. Et quòd priuatis commodum acquiratur, quando in iudicio recipientur, probat l. vlt. ad finem, ff. de his, quę in teſtam. delentur; & in terminis de partu ſuppoſito probat l. cum ſuppoſiti, 10. C. ad legem Corneliam de falſis, iuncta gloſ. 1. perinde enim eſt, depellere filium ſuppoſitum ab hæreditate legitima, atque à teſtamẽtaria, argumento l. conficiuntur, 8. ff. de iure codicillorum, conſtat autem ex d. l. cum ſuppoſiti, hæreditatem auferri a filio ſuppoſito, qui ab inteſtato ſucceſſerat, & non fiſco, ſed legitimis defuncti hęredibus addici.

45 Qua † ſic ſtabilita explicatione, non obſtant quę ſupra in contrarium adduximus; & in primis d. l. ſi pater, ibi: *Auferendam*, Et non euincit neceſſariò hanc ablationem à fiſco faciendam: nam priuatis etiam conuenire poteſt dicta locutio, ut conſtat ex l. ult. uerſ. ult. ff. de his, quę in teſtam. delent. Accedit, quod in d. l. ſi pater, filius uerus agebat contra ſuppoſitum (ut rectè aduertit Iaſ. ibidem, num. ult.) quam hęres extiterat patri putatiuo: unde ut hæreditas illa, quę comperto errore non data cenſebatur, ſiue pro non ſcripta, ad uerum filium rediret, opus erat, ut à ſuppoſito auferretur: & propterea nil mirum, quod textus auferendam dicat, ut uero filio eum effectu competat, & ita, quod à fiſco non auferatur, ponit etiam obiter Luſitanus Senator Cabedo, 2. parte, deciſ. 81. nu. 21.

46 Fortius † adſtringit d. l. aufertur, cui reſpondet gloſ. 1. ibidem, & in d. l. aufertur, uerbo, auferendam, tunc fiſcum admitti auferendo hęreditatem à filio ſuppoſito, tanquam ab indigno, quando non ſuperſunt agnati, quibus ab inteſtato competat hęreditas. & in his terminis rectè collocari ſub tit. ff. de iure fiſci.

Hunc tamen intelligendi modum damnat Fulgoſius, & Iaſ. qui eundem refert. & ſequitur, in d. l. ſi pater, nu. ult. uerſ. ult. quaſi nimium reſtringat generalitatem d. l. aufertur, immo, & diruet. Accedit, quia ſi in dicta l. aufertur, poſt legitimos admitteretur fiſcus, ſequeretur, prędicta bona per fiſcum non auferri, tanquam ab indigno; ſed potius uacantia;

Digitized by Google

tia: cum legitimi non aliàs præferantur, niſi quaſi ad bona non data, ſeu vacantia, vt ſupra notauimus. Adhuc tamen pro gloſſa dicere poſſumus, quod ſolum prætulit agnatos fiſco, non vero cognatos: vel poſt venientes ab inteſtato adhuc fiſcum auferre tanquam ab indigno: quia quando filius ſuppoſitus declaratur, qui aliàs inſtitutus erat à patre putatiuo, fiſcus tunc à poſſidente hæreditatem aufert, qua indignus eſt, quaſi ab aliquo vſurpatam.

Ceterum, vt verum agnoſcamus (licet prędicta gloſſę interpretatio defendi poſſit) nihilominus generalis illa deciſio reſtringitur ad caſum nimis inſolitum, & raro euenturum; quapropter alia excogitanda via eſt, & forſan primò dici poteſt, d. l. aufertur, procedere, quando filij veri, vel agnati defuncti nolunt agere de partu ſuppoſito: nam cum ratione indignitatis, qua filius ſuppoſititius retinet hæ
47 reditatem, fiſcus illam † ſibi auocare poſſit, ei
agere licebit, ex ratione l. lege Cornelia, la 2. §. 1. ff. ad legem Corneliam de falſis, vbi illis omnibus, ac ſolis competit accuſatio de partu ſuppoſito, ad quos res pertinet; & tunc tanquam ab indigno fiſcus auferet ſufficit enim, quod ille, illiue, ad quos bona primo pertinebant, accuſare recuſent, cum illos principaliter res tangat: remotiores vero præcedet fiſcus, cum illis victoria prodeſſe nequeat: nam detecto errore teſtatoris, & deuocata ſucceſſione ab inteſtato, hæreditas deferetur proximioribus, argumento l. 1. & l. poſthumus, 6, §. ſi quis ex his, ff. de inoff. teſtam. Et ita ſecundum hunc primum interpretandi modum non manet fugitiua d. l. aufertur, ſub tit. de iure fiſci: nec etiam raro contingens; quia propter difficultatem probationum in crimine ſuppoſiti partus (quod nimis occultum, & ſerioſa ſimulatione, ac nube plenum eſt) ſucceſſores ab accuſando auerterentur: & ita fiſco locus manebit, qui quandocunque auferet ab eo, qui iniuſtè, & indignè retinet. Et hæc interpretatio differt ab ea, quam ſupra ex gloſſa retulimus, quod illa non admittat fiſcum exiſtentibus agnatis defuncti, hæc verò admittit, etiam exiſtentibus legitimis, dumodo agere recuſent.

Vel aliter intellige d. l. aufertur, datis terminis, in quibus filius ſuppoſitus ex aliquali voluntate teſtatoris capiat, licet non libera, ac ſimplici, quo caſu, quamuis detegatur non filius, nihilominus ex quali quali voluntate defuncti capit: quod ſufficit, vt ſe tueatur aduerſus legitimos hæredes patris putatiui. v. g. ſi fingamus, patrem adhuc dum viueret, ſuſpicatum de ſuppoſitione partus, & ea ſuſpicione non obſtante, ſuppoſitum filium inſtituit: quo caſu negandum non eſt, habere qualem qualem voluntatem patris, etiam quatenus ſuppoſitus eſt; quæ colligitur ex ſuſpicione paterna, & ſuperueniente inſtitutione; qua ſic voluntate collecta ſe tuebitur contra legitimos hæredes patris putatiui: tutum tamen non futurum puto aduerſus fiſcum, qui indignum hæreditate putabit illum, qui liberam, ac ſimplicem voluntatem defuncti pro ſe non habet, iuxta l. hæreditas, C. de his, quibus vt indign. Nec id mirum videri debet, cum fiſcus auferat ab eo, qui ob metum ab altero illatum inſtituitur hæres ignorans, & inculpatus: aduerſus quem legitimi hæredes teſtatoris non admittuntur; quia ille tertius qualem qualem defuncti volũtatem, licet coactam habuit, vt ſupra probauimus.

Hæ interpretationes ad d. l. aufertur, forſan dubiæ videri poſſunt, ſufficiat interim veritatem amplecti, futuris ingenijs aliquid relinquendo, quibus procliuius erit inuentis ad
48 dere. Illud † interim colligitur, quod indi-
gnus fit aliquando quis ex facto, & delicto alterius, vt neceſſariò euincit d. l. aufertur, etiam ex interpretatione gloſſa ibidem, quæ fiſcum, poſt agnatos, admittit, auferentem tanquam ab indigno; Quę addenda ſunt peritiſſimo Peregrino, in d. conſ. 69. num. 11. vol. 2. vbi propoſitam quæſtionem diſcuſſit, & hanc difficultatem ex d. l. aufertur, reticuit, (alijs forſan diſtractus) qua ſi nos liberaſſet, non mediocre beneficium contuliſſet.

Conſtat igitur ab indigno, ſiue ex delicto proprio, ſiue alieno, fiſcum dumtaxat auferre: niſi indignitas reſpiciat aliquem certum, vel reſoluatur titulus indignè accipientis, vt ſupra comprobauimus.

49 Vnde † uenit refellendus Senator Palatinus Georgius Cabedo, Luſitanus, deciſ. 81. n. 21. tomo 2. vbi ſecurè reſoluit, ab indigno abſque ſuo delicto, fiſcum non auferre, ſed venientes ab inteſtato, id enim iã ſupra improbauimus.

50 Ex quibus † generaliter accipienda eſt Ord. Luſitana, lib. 2. tit. 26. §. 19 vbi inter iura regalia connumerat ius auferendi ab indignis (notat Cabeda, d. 2. tomo deciſ. 58.) vt ſcilicet intelligatur, data vera indignitate, ſiue facto proprio, ſiue alieno, indiſtinctè fiſcum ablaturum. Dum autem eadem Ord. excipit caſus, in quibus à iure permittitur indignis aliquid retineri, poteſt exemplificari in terminis l. 2. verſ. per contrarium, ff. de his, quibus, vt indignis, & l. vlt. ff. de legatis 1. & l. præfectus, ff. de ritu nuptiarum, in quibus dabatur indignitas ex parte mulierum contra ius matrimonium contrahentium, & nihilominus ſpeciali ratione eis permittitur retentio relictorum à maritis, ex ratione quam tradit Eman. à Coſta,

ſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, vxorem, n. 8. de teſtamentis in 6. Quod etiam in ijſdem terminis procedere poteſt in donatis, vel quolibet actu inter viuos à marito datis: quidquid dicat Coſta, vbi proxime, n. 9. nam ratio prædictorum iurium æque militat in relictis ex teſtamento mariti, atque in donatis. Nec officit differentiæ ratio quam Coſta excogitauit d. n. 9. inferius enim ei ſatisfaciemus.

51 Illud † notandum putaui, hic non agi de ijs, qui poſt adeptam hæreditatem, vel relictum, ex aliquo delicto, vel cauſa non reſpiciente defunctum, bonorum iacturam patiuntur, veluti deportatione, vel qualibet alia condemnatione: nam hoc, non ad titulum de ijs, quæ ab indignis auferuntur; ſed ad titulum, de bonis damnatorum pertinet, quidquid vtrumque permiſceat doctiſſimus Peregrin. d. conſ. 69. n. 9. vol. 2. & differentiam innuit etiam Ord. Luſitana, d. lib. 2. tit. 26. a §. 28. cum ſequentibus, iuncto §. 19. & tit. 32. §. 2. dum diſtinguit confiſcationes ratione indignitatis, ab alijs, quæ ex delictis naſcuntur.

52 Hinc † cautè legendus eſt doctiſſimus Hiſpanus Molina, de primogenijs, lib. 1. cap. 9. n. 27. dum reſoluens in numeris præcedentibus, fiſcum capere ab indigno, ſubijcit declarationem, ne id procedat, quando indignitas reddit ſucceſſorem incapacem, cum venientes ab inteſtato tunc ſuccedant, idque confirmat argumento l. 1. C. de hæredibus inſtit.

Nam ſi hæc indignitas (quam ita vocat) ſuperuenit, fiſcus ſine dubio aufert in confiſcatione ceterorum bonorum, vt tradit Peregr. d. conſ. 69. n. 9. non tamen tamquam ab indigno, ſed à damnato, cuius bona confiſcatur.

Si verò intelligit, tempore inſtitutionis iam exiſtere indignitatem, quæ reddit incapacem, fruſtra, & ineptè excipit à regula, quam propoſuerat, quod ab indigno fiſcus aufert, cum iſte nequaquam dicendus ſit indignus, ſed potius incapax: indignus enim capit, ſed non retinet; at incapax mortuus reputatur, vt ſupra notauimus; quo caſu procedit d. l. 1. C. de hæred. inſtit. Alex. conſ. 26. n. 1. lib. 1. Iul. Clarus, §. teſtamentum, quæſt. 22. verſ. ſi autem, Peregr. d. conſ. 69. nu. 9. vol. 2. Vnde non excuſabitur Molina ſaltem ab indigna tanto viro locutione, & multis captioſa.

53 Quibus † præmiſſis, ad cognitionem veræ indignitatis, ob quam fiſcus aufert, pergendũ. Conſtat in ſpecie noſtræ l. vxori maritus, mulierem (de qua ibi) fuiſſe indignam, & fiſcum locum habere, vt tradit Bart. ibidem, & alíqui, quos initio retulimus, per quos eſt communis ſententia; quod inſuper comprobo à partium enumeratione: nam vel illicitum contrahens matrimonium non damnatur a iure, vt aliquando contingit, ob peculiares rationes, quæ mulierem excuſant, & tunc nequaquam ab ea aufertur quod eidem relictum eſt, l. 2. verſ. per contrariũ, ff. de his quibus vt indign. l. vlt. ff. de legatis primo, l. præfectus, ff. de ritu nuptiarum. Vel illicitè contrahens ob id damnatur, & ab ea per fiſcum aufertur, quidquid ei relictum, vel donatum eſt a marito, l. eum hic ſtatus, §. vlt. ff. de donat. inter virum, & vxor. l. 4. C. de inceſtis, & inutilibus nuptijs, l. Claudius Seleucus, ff. de his qui bus, vt indign. Cum igitur in noſtra l. vxori maritus, mulier non retineat ſibi relictum, ſequitur indignam eſſe, & regulariter fiſco locum fore. Nec enim medium ſic conſiderandum eſt, vt alias opinabatur Eman. a Coſta, quem in initio retulimus, & refellimus.

54 Deinde † à muliere indigna æqualiter aufertur, quod in teſtamento relictũ eſt, ac quod inter viuos datum, vt oſtendit d. l. 4. ibi: *Siue deinceps quoquo modo datum fuerit*, &c. nec enim inter vtrumque caſum aliqua poteſt aſſignari differentiæ ratio, vt generaliter ſentit Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, vxorem, n. 6. ad finem, & n. 9. verſ. ergo, quidquid perperam diſtinguat gloſſa, verbo, fiſco, in d. l. 4.

55 Illud † autem, quod dicit Coſta in d. n. 9. verſ. ergo, eſſe ſpeciale in d. l. 2. verſ. per contrarium, & in d. l. vlt. & d. l. præfectus, vt vxor ex teſtamento tantum viri capiat, non inter viuos, in ſpecie præfatorum iurium, meo iudicio falſum eſt: nam licet prædictæ leges, vltimi elogij, non verò contractus meminerint, in ijſdem tamen, vel mentio, & exemplum teſtamenti caſu contigit, vel in fortioribus terminis loquuntur: nam in iure difficilius actus viuentium permittuntur, quam morientium; vt patet in donationibus inter virum, & vxorem, quæ inter viuos nullæ ſunt, l. 1. & per tot, ff. de donationibus inter virum, & vxor. at validæ ſunt cauſa mortis, l. ſi eum, §. 9. verſ. vlt. cum ſeqq. ff. eodem tit. patet etiã in deportato, qui inter viuos capit, non ex teſtamento, l. ſunt quidam, 17. ff. de pœnis, iuncta l. 1. C. de hæred. inſtit. Nec differentiæ ratio, quam Coſta inculcat d. n. 9. aliquid cõcludit, inquit enim, quod relictum valet, quia ab vnius tantum voluntate pendet, & poſt mortem, & tempus ſoluti matrimonij conſertur: donatum verò non valeat, quia procedet à voluntate vtriuſque, & ſimul videtur datum, & acceptum pro conſeruatione illiciti matrimonij, in quo adhuc perſiſtebant: nam ſi acceptio ex parte vxoris, perſiſtentiam illiciti matrimonij importabat, & ob id improbatur donatum, a fortiori, relictum in teſtamento improbari debebat: quia mulier ſpe adquirendi magis

gis

gis continebitur in illicito matrimonio, quam lucro irreuocabiliter quæſito, cum ſi ſtatim diuertere velit, hoc ſecum portet, nec gratitudo accepti in illis tantum operatur, quantum ſpes accipiendi.

56 Conſtat † igitur ex dictis, in terminis, in quibus mulier illicitè nubens priuari debet, fiſcum regulariter auferre ab ea tamquam ab indigna, d. l. cum hic ſtatus, §. vlt. d. l. 4. d. l. Claudius Seleucus. Ab hac tamen regula ſubducitur vſusfructus, vt ſcilicet, quando auſertur aliquid ab indigno, vſusfructus non veniat in confiſcationem, cum reliquis bonis, ſed potius ſtatim reuertitur ad proprietarios.

57. Quod † vt manifeſtum fiat præſuppone, ad effectum, vt ab aliquo tamquam ab indigno aliquid auferatur, prærequiri ſententiam, vt notant gloſſa, Bart. & reliqui, in l. 1. C. de his, quibus vt indign. & ſatis oſtendit l. 1. C. vbi cauſæ fiſcales, ex pluribus tradit Peregr. conſ. 26. n. 3. volum. 1. Qua ſententia præhabita, ille, qui indignus pronunciatur, priuatur iure, quod habet, licet poſſeſſionem interim retineat, quod etiam in quaſi poſſeſſione rerum incorporalium locum habet, & neceſſaria eſt iudicis authoritas, vt poſſeſſio, vel quaſi poſſeſſio auferatur, l. qui reſtituere, ff. de rei vendicat. vbi Angel. col. 2. Innoc. in cap. cum noſtris, col. 3. extra de conceſſione præbendæ. Sequitur plura adducens Peregr. conſ. 24. n. 19. volum. 1.

58 Cum igitur † priuari indignus, iure quod habet, & poſtea ſequi debeat ablatio, vt bona ad fiſcum deuoluantur, recte infertur, vſumfructum in tali ablatione non venire, quia vbi primùm indignus priuatur, actutum vſusfructus abſtractus conſolidatur cum proprietate; ſeu potius impedimentum, quod proprietario inerat, ne vteretur, frueretur, tollitur, & manet plena proprietas. Vnde, quando fiſcus procedit ad actualem ablationem, quæ requiritur, iam non inuenit vſumfructum, qui ſine perſona non conſiſtit, l. vſusfructus, 26. ff. de ſtipulat. ſeruorum, & ita per medium inhabile non fit tranſitius de indigno ad fiſcum, iuxta regulam l. etia prædia, in fine, ff. de ſeruitutibus ruſticorum præd.

59 Vel etiam † ex alia ratione vſusfructus non tranſit ad fiſcum: quia quando ab vna perſona omnino eradicatur, (vt contingit in terminis, in quibus quis priuatur tanquam indignus, quo caſu omne ius ex nunc reſoluitur, ac ſi datum non eſſet, ita vt à mutatione, vel morte ipſius indigni iam non pendat vſusfructus extinctio) in aliam non transfertur, niſi ſpecialiter conſtitutum ſit, vt euenit in l. vlt. C. de vſufructu, quod fiſco conceſſum non apparet: immò, ſi tranſiret ad fiſcum, inutilis maneret proprietas perpetuo abſcedente vſufructu, contra §. 1. Inſt. de vſufructu; nec enim eſt lex aliqua, quę in fiſco ratione indignitatis auferente, terminum aliquem vtendi, fruendi, deſignet; ſicut in vſufructu municipibus dato in l. an vſusfructus, ff. de vſufructu. Inſuper ſi centum anni aſſignarentur, ſicut in municipibus, id iniquum eſſet, & in præiudicium proprietariorum.

60 Accedit, † quod in tit. ff. & C. de his, quibus, vt indign. nequaquam fit mentio ablationis vſusfructus, quo mihi fit probabilius, eſſe ſpeciale in vſufructu, ne ab indigno auferatur in vtilitatem fiſci.

61. Nec † obſtat l. ſi poſtulauit, §. iubet lex, ff. ad legem Iuliam de adulterijs, vbi vſusfructus ſeruorum publicatur. Quia reſpondetur, ibi publicari vſumfructum recta uia, & in fauorem vſufructuarij, quia ſerui quæſtionibus ſuppoſiti nimis deteriorati manebant, vt ibidem explicat gloſſa, verbo, publicos, & ita potius illud venditio, ſiue alienatio vſusfructus, quam confiſcatio dicenda eſt.

62 Non † obſtat l. Statius, §. Cornelio Felici, ff. de iure fiſci, vbi ad vitam damnati fiſcus bona auferendo retinet, quæ alijs ſunt competitura; ergo idem videbatur dicendū in vſufructu; nam primo reſpondetur, nos hic non agere de confiſcatione damnatorum, vt ſupra notauimus, ſed potius de ablatione ab indigno, quæ mitior eſt confiſcatio, & cum minori hæredum, & indignorum præiudicio, vt conſtat ex l. ex facto, §. vlt. ff. de vulgari, & forſan etiam inter bona damnatorum vſusfructus confiſcandus non veniret, vt colligitur ex l. ſi quis, 7. C. de bonis proſcriptorum, vbi enumerans bonorum ſpecies, & demonſtrationes eorum, vſusfructus non meminit, quod de plano procedat, quando damnatus patitur maximã, vel mediã capitis diminut. §. finitur Inſt. de vſufructu. Vnde ſecundo reſpondebis, d. §. Cornelio Felici, procedere reſpectu proprietatis bonorum, de loquitur, non vero vſusfructus.

63 Quamuis autem vſusfructus ab indigno non auferatur, hoc intellige, in vſufructu conſtituto in perſona indigni, non vero in debito: nam ad vſumfructum debitum, puto fiſcum eſſe admittendum: tum, quia nondum conſtitutus non perit, lege 1. ff. quibus modis vſusfructus amitt. tum etiam, quia actiones indigni fiſco competunt, l. eiusqui, §. eum qui falſum, ff. de iure fiſci, l. 1. in fine principij, ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit; & ſi fuerit vſusfructus debitus in rebus ſoli, æſtimatio dumtaxat præſtabitur, forſan ſecundum computationẽ textus in l. computationi, 68. ff. ad legem Falcidiam, ne perpetuus maneat vſusfructus in fiſco, hoc non intelligas in damnato, cuius bona auferuntur, qui maximam, vel mediam,

capitis

capitis diminutionem patitur: quia iam non habet perſonam capacem, l. 1. C. de hæred. inſtit. reſpectu cuius fiſcus petere poſſit.

64 Ex † quibus iam infertur, intellectus ad noſtram l. vxori maritus, vt propterea ibidem vſusfructus repetatur ab hæredibus uiri, quia ſcilicet id ſpecialiter eſt conſtitutum in vſufructu, ne ab indigno auferatur in vtilitatem fiſci, ſed potius proprietarij. Quod vt apertius conſtet, attende I. conſultum propoſuiſſe quæſtionem generaliter de dote, de vſufructu, & alijs legatis. Deinde interrogatus, quid faciendum eſſet, de ijs, quæ mulier illa indigna (indignam fuiſſe ſupponit textus) poſſidebat: reſpondet, quod fructus nomine percepiſſet, repeti poſſe, hoc eſt, id repeti, quod titulo vſusfructus retro poſſedit: tantumdem enim ſonat fructus, atque vſusfructus, l. per ſeruum, 14. §. 1. ff. de vſu, & habitat. l. penult. ff. de vſu & vſufr. leg. notat patruus meus Arius Pinellus, in l. 1. C. de bonis matern. 2. parte, n. 11. Quę quidem repetitio facienda eſt ab ijs, qui conceſſerant: hæredes enim vſumfructum conſtituerant, vt patet ex textu, ibi: *Hæredes vſumfructum ei conceſſerunt*, &c. ergo repetitio ad illos referri debet. Alioquin niſi ſpecialiter loqueretur in vſufructu repetendo ab hæredibus tantum viri, manca maneret, ac lacerata deciſio: nam cum mulier illa ſit indigna, & fiſcus auferat ab indignis; cur ſolum vſumfructum fiſcus abſtulit, non etiam cetera, & interuſurium dotis prælegatæ, argumento l. 1. §. idem quærit, aliàs l. 2. §. idem quærit, ff. de dote prælegata, iuncta l. 2. §. vlt. ff. ſi quis aliquem teſtari prohib. Quapropter neceſſariò dicendum eſt; vſumfructum ex ſpeciali ratione ab hæredibus mariti repeti; at cetera per fiſcum auferenda fore, tamquam ab indigna; quod vt certiſſimum ſuppoſuit I. conſultiſſimus, & ſubtiliſſimus Scęuola, & ſolum expreſſit caſum de vſufructu, quia reſpondebat hæredibus mariti defuncti, qui omnia ab illa iniuſta vxore repetere volebant; eisque denegauit aliorum repetionē vltra vſumfructū: nam cetera fiſco adiudicāda erant, ex titulo, de his, quib. vt indignis.

Ex quo intellectu Primo infertur, ſpeciale eſſe in vſufructu, ne auferatur ab indigno, ſed potius conſolidetur cum proprietate.

65 Secundo † infertur, hoc procedere tantum in vſufructu conſtituto, vt patet ex noſtra l. vxori, ibi: *hæredes vſumfructum ei conceſſerunt*, non dum conſtitutus fiſco competit: uerum hæredes non cogentur conſtituere, ſed æſtimationem præſtare, ut ſupra notauimus.

66 Tertio † infertur, à muliere indigna propter illicitum matrimonium, iuxta terminos noſtri textus, etiam fiſcum auferre quæ in teſtamento relicta ſunt, vt petebat communis interpretatio, contra gloſſæ, & Coſtæ ſententiam; quam in initio retulimus; quod tamen nos intelligimus excepto uſufructu.

67 Quarto infertur, repetitionem, cuius ſit mentio in d. l. vxori maritus, non eſſe reſpectu iuris vtendi, fruendi, quod ſtatim conſolidatur cum proprietate, vt ſupra oſtendimus: ſed reſpectu quaſi poſſeſſionis, quæ pro vſufructu competit, l. ait prætor, §. item ei, ibi: *vel vſusfructus quaſi poſſeſſionem*, ff. ex quibus cauſis maiores; ſiue hæc quaſi poſſeſſio ſit adhuc apud vxorem, vel perſonas ſibi ſubiectas, ſiue iam apud fiſcum.

68 Quinto † infertur, quod idem dicendum eſt, quando vſusfructus alienus eſt, & non hæredum mariti teſtantis: nam etiam in hoc caſu vſusfructus ad proprietarios remeabit; illisque competet repetitio ad dictam quaſi poſſeſſionem auocandam; & ob id textus noſter non expreſſit perſonas repetentium, cum exprimat perſonas concedentium hæredem, quaſi innuat, vſumfructum in prædicta ſpecie ad proprietarios pertinere, ſiue ſint hæredes, ſiue extranei, reſpectu teſtatoris.

69 Sexto † infertur ad eam quæſtionem, quæ ſæpe contingere poteſt, an ſcilicet mater, quæ ex priori matrimonio filios ſuſtulit, & ad ſecunda vota conuolauit, ſi aliquid de ſubſtantia emortui mariti prouenięns per legitimam ſucceſſionem acquiſiuit ab vno ex filijs prioris matrimonij, reſpectu cuius indigna poſtea pronuncietur, fiſcus ab ea auferre debeat vſumfructum prædictorum bonorum; an vero conſolidandus cum proprietate, quam reliqui liberi prioris matrimonij ſēper retro habuere?

70 Nam † verius eſſe putamus, in prædictis terminis matrem ſolum vſumfructum habere in filij defuncti bonis, quæ a paterna ſubſtantia prouenere, vt probat apertè Auth. De nuptijs, §. hinc nos, verſ. ſed quanta quidem collat. 4. gloſſa, verbo, poſſeſſ. in l. feminæ, §. illud, C. de ſecundis nuptijs, Bart. in l. feminæ, & paſſim alibi; & eſt receptior ſententia, ex pluribus; quos refert, & ſequitur Peregr. conſ. 78. n. 4. vol. 1. vbi refert, & reprobat eos, qui in ijsdē terminis tenuerūt matrē eſſe proprietariā cū onere reſeruationis; quorum ſententiā etiam reprobauit Ord. Luſit. lib. 4. tit. 91. §. 2. vbi fructuariam tantum eſſe ſtatuitur.

71 Poteſt † autem ſecundo nubens indigna effici ex eo, quod negligentia, aut culpa ſua filius perijt, vt probat textus elegans in l. 3. ff. de his, quibus vt indign. ibi: *Aut per negligentiam, & culpam ſuam, mulier, à qua hæres inſtitutus eſt, moreretur*, &c. Culpa autem conſideratur in negligendo filio ægroto, vel non adhibendo medicum, vel nimus idoneum, latè comprobat Caldas, Luſitanus, in l. ſi curatorem,

rem, verbo, ſua facilitate, nu. 21. C. de in integrum reſtit. minor. Luſitanus item Barb. in l. ſi ab hoſtibus, §. vlt. n. 33. ff. ſoluto matrimonio. Luſitanus tandem Cabedo, 2. tomo deciſ. 58. nu. 8. Vel, quod mortem filij ſuſpecto deeedentis vlta non eſt, vt in terminis inquit l. portiones quoque, ff. de his quibus vt indignis.

72 Cum † igitur mater ſit indigna, & priuari debeat omnibus, quæ à filio per legitimam ſucceſsionem acquiſiuit, ſequitur ex ſupradictis, quod in ijs, quę de paterna ſubſtantia filius mortuus reliquerat, quorum mater fructuaria tantum eſſe poterat, remanebunt defuncti frater vel fratres ex priori matrimonio pleno iure dominij, vtpote conſolidato vſufructu eum proprietate, quam antea nudam habuerant: in ijs vero, quę filius mortuus aliunde quæſiuerat (in quibus mater pleno iure ſucceſſerat, iuxta Auth. de non eligendo ſecundo nubentes, §. cum igitur, collat. 1. notat gloſ. verbo, ſi autem, in d. Auth. de Nuptijs, §. hinc nos, verſ. ſi autem, eollat. 4. vbi notant Bart. & alij, quos refert, & ſequitur Peregr. d. eonſ. 78. nu. 1. volum. 1.) fiſcus auferet tanquam ab indigna; & vtrumque probatur ex l. vxori maritus, ff. de vſu, & vſuſr. legato, vt ſupra latiſsimè explieauimus. vbi vſusfructus extinctus propter indignitatem non tranſit ad fiſcum, ſed ad hęredes, qui conceſſerant, & proprietatem obtinebant; at vero reliqua, quę pleno iure dominij ab indigna poſsidebantur, fiſco vendieantur, quod notabis ad illam Ord. Luſitanam, d. lib. 4. tit. 91. §. 2. vt iam ad ipſam in terminis propoſitis conſului.

Tandem propoſitam interpretationem deriuabis ad quoslibet caſus, in quibus quis vt indignus priuandus eſt, nam tunc vſusfructus reuertetur ad nudos proprietarios potius, quam ad fiſcum.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu l. quod de bonis, 15. §. quod aius, ff. ad legem Falcid. à num. 1. eum ſequentibus.

A bonis hæreditarijs æs alienum ante deducitur numero 2.

Falcidia quando poſſit debito hæredis compenſari. num. 3.

Ex onere iniuncto de reſtituendo bona hæreditaria, & propria, colligitur teſtatorem velle ſoluere, quod hæredi debet. ibidem. ad finem.

Tollitur quædam contradictio in noſtro §. quod aius, verſ. planè, num. 4.

Explicatur latè d. verſ. planè. à nu. 5.

Debitum hæredi non impedit detractionem Quartæ, & ita vtrumque deducatur. ibidem.

An fructus iudicio teſtatoris percepti in æs alienum hæredi imputentur? à nu. 6.

Sententia, quæ imputari dicit, refertur, & reprobatur. ibidem. cum nu. ſeqq.

Æs alienum regulariter à corporibus hæreditarijs deducitur. à nu. 7.

Fructus poſt aditam hęreditatem percepti in dubio eedunt lucro hæredis, & ſolum in Trebellianicam imputantur, & ſuperexcreſcentes manent penes hęredes. ibidem.

Cur in d. verſ. planè, fructus debito compenſentur. num. 9.

In concurſu æris alieni, & Quartę, pręfertur ęs alienum in deductione. ibidem.

Fructus poſt mortem teſtatoris percepti, non imputantur in Falcidiam, quę de legatis, & fideicommiſſis partieularibus deducitur. nu. 10.

Hæreditas quando aditur à creditore hærede inſtituto, cenſetur fictione iuris illi ſoluere, & diminuta ad illum peruenire. nu. 11.

An, & quando, & quatenus rogatus hæres de reſtituendis hæreditarijs, & proprijs bonis, ad propria quoque teneatur. nu. 12.

De fideicommiſſo vniuerſali Trebellianica deducitur. nu. 13.

In Trebellianicam fructus pereepti iudicio teſtatoris imputantur, & cur, in d. verſ. planè, deductio fiat ex bonis. ibidem.

Adhuc hodie in verſ. planè, Trebellianica deducetur ex fructibus tantum, ſi termini habilitentur. num. 14.

L. iubemus, C. ad S.c. Trebell. dum ab imputatione Trebellianicæ fructus excipit, procedit tantum in liberis primi gradus. ibidem. & nu. 20.

Explicatur l. mulier, 22. §. cum proponeretur, ff. ad S.c. Trebell. à nu. 15.

Dos promiſſa à patre, eſt loco æris alieni, & à corporibus hęreditarijs poſt mortem patris deducitur ab eadem filia hærede, & rogata reſtituere. num. 16.

Dos quæ poſt mortem patris à iudice conſtituitur, ſi ex fructibus poteſt deduci, ex illis ſatisfit, non vero ex bonis, quæ filia rogata eſt reſtituere. num. 17.

Quod intellige, ſi tempore dotis conſtitutæ, iam fructus iudicio teſtatoris percepti æquiualent doti, aliàs quod deeſt, ſtatim decedis ab hæreditate, non ſpectatis fructibus percipiendis. ibidem.

Qui filiæ innuptæ & nubili apponit conditionem, ſi ſine liberis, intelligit, ſupponendo legitimum matrimonium, & dotem congruam. nu. 18.

Ante matrimonium non oritur, vel ſaltem non certificabitur obligato paterna de dote danda, niſi pater promittat, vel iudex aſſignet. numero 19.

An in d. l. mulier, §. cum proponeretur, poſſit etiam quarta deduci vltra dotem. nu. 20.

CAPVT VII.

Ad Papinianum lib. 13. Reſponſ. in l. quod de bonis, 13. §. quod auus, ff. ad legem Falcidiam.

1 ITa ſcribit. † *Quod auus ex cauſa tutelæ nepoti debuit, cum auo nepos ſolus hæres extitiſſet: ratio Falcidiæ ſi poneretur, in ære alieno bonis deducendum reſpondi: nec ad rem pertinere, quod hæredem auus, idemque tutor rogauerat, vt ſi ſine liberis ante certam ætatem decederet tam hæreditaria, quam propria bona reſtitueret. non enim ex hoc hæreditatem debito compenſatam videri: cum vel ideo maximè declaretur non eſſe compenſationem factam, quoniam hæredem ſuum habere propria bona defunctus oſtendit. Planè ſi conditio fideicommiſſi fuerit impleta, fructus hæreditatis poſt mortem aui percepti, pari pecunia debito tutelæ compenſabuntur. Sed Quartam hæres nepotis de bonis dumtaxat, quæ moriens auus reliquit, retinebit.* Difficilis eſt huius textus intellectus, litera difficilior. Speciem in primis indagemus, & quæſtionem. Auus teſtator inſtituit nepotem ſolum; & partim ab eo legauit, partim per fideicommiſſum vniuerſale reliquit, ſub conditione, ſi nepos ante certam ætatem ſine liberis decederet: adijciens, vt tunc non ſolum bona hæreditaria, ſed etiam propria nepos reſtitueret. Auus tenebatur nepoti actione tutelæ in certam ſummam. Quæritur, an iſtud æs alienum debeat præcipuum deduci a nepote, an verò imputari in Falcidiam reſpectu legatariorum: & Trebellianicam reſpectu fideicommiſſarij vniuerſalis; ne alterutri duplici onere deductionis grauentur, & æris alieni, & Quartæ.

2 Et in primis, quod † attinet ad legatarios, reſpondit Papin. non eſſe computandum in Falcidiam dictum æs alienum; immo prius deducendū fore ex bonis teſtatoris, vt patet ibi; *Ratio Falcidiæ ſi poneretur, in ære alieno bonis deducendum reſpondi*, &c. conſentiunt l. in imponenda, 6. l. irritum, in fine, 8. C. eodem tit. & vtrobique ordinarij interpretes.

Replicabant legatarij ex coniecturata voluntate teſtantis contribuentis debitum cum Falcidia, quod facere poterat, iuxta leg. ſi debitor, 12. ff. eodem titulo coniecturam autem deducebant ex eo, quod auus nepotem rogauerat, vt ſi ante certam ætatem ſine liberis decederet, tam bona hæreditaria, quam propria reſtitueret; in quo ſignificare videtur, vt quanto plus reſtitui poſſit, reſtituatur; & conſequenter velle, vt quanto minus deduci poſſit ex hæreditate, deducatur; conſtat autem, quod ſi ſimul æs alienum, & Falcidia deducatur, maximum, quod poteſt, deducitur; ergo alterutrum tantum videtur deducendum, quod fit admiſſa compenſatione: & hanc legatariorum replicationem tacite ponit textus ibi: *Quod hæredem auus, idemque teſtator rogauerat*, &c.

3 Contrarium † tamen reſpondetur, immò, quod vtrumq; deduci debeat: nam ad inducendam compenſationem, opus erat expreſſa diſpoſitione teſtatoris, vt patet in d. l. ſi debitor, & ex ijs, quæ latè tradit Eman. a Coſta Luſit. l. c. in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, Trebellianicæ, n. 11. Ratio eſt: quia in tali compenſatione aliqualiter frangatur legis diſpoſitio, quæ Falcidiam attento iure antiquo illæſam, & illibatam ſeruari iubet, iuxta d. l. quod de bonis, in princip. & in §. 1. quibus ſubiungitur noſter §. quod auus, & ſpecialiter conceſſum eſt, vt illo tantum caſu ceſſaret, quo expreſsè teſtator debitum in Falcidiam, vel è contra conuerteret; idque ex ratione, quam tradit Barbosa Luſit. in l. 1. ff. ſoluto matrim. 4. parte, n. 21. quæ tamen mihi ſuſpecta eſt, ex infra dicendis. Vnde etiam apparet, cur d. l. ſi debitor, inquit, quod voluntas teſtatoris compenſantis debitum cum Falcidia; non ſeruatur ipſo iure, ſed ope exceptionis doli mali, quaſi de rigore iuris aliud ſuaderetur, & ex d. l. quod de bonis. Hæc autem expreſſa teſtatoris voluntas deficiebat in præſenti, vt patet ibi: *Non enim ex hoc hæreditatem debito compenſatam videri*, &c. vbi Papin. ingenioſè retorquet fundamentum legatariorum, dum inquit, quod immò ex fideicommiſſo de bonis hæreditarijs, & proprijs iniuncto colligitur auum voluiſſe potius, vt bona ſua penes nepotem manerent; ac per conſequens noluiſſe a fortiori adimere propria ipſius nepotis, vel ipſi debita, cum illi, cui do, adimere non præſumar; Vel intellige interpretando cum gloſſa hic, verbo, propria, in 2. ſolutione, ut dum in præſato fideicommiſſo auus hæreditaria, & propria nepotis bona in reſtitutionem venire iuſſit; ſatis oſtendit nepotem hæredem habere propria bona, ergo potius conſeruat bona nepoti, quam adimit; & conſequenter ceſſat expreſſa voluntas, quæ ad compenſationem æris alieni cum Falcidia neceſſaria erat.

4 Ceterum † huic reſolutioni obſtat, quod prædeducto ære alieno, legata exhauriebant hæreditatem, vel ſaltem excedebāt dodrantem

(quo

Digitized by Google

(quo caſu locum habet Falcidia) & tamen textus noſter in verſ. plane, ſupponit fideicommiſſum de reſtitutione hæreditatis poſt mortem nepotis, ſuſtineri: cui tamen locus apertus non videtur, interim dum legata plenè non præſtantur,& ob id Anton. Goueanus hic, ad finem, dicit hoc eſſe incompatibile, & ideo de duobus caſibus agere Papinianum hic. Quod tamen falſum apparet ex litera, vbi in eodem caſu propoſito Papin. loquitur, dum incipit agere de viribus fideicommiſſi, quod nepoti iniunxerat, ſub conditione, ſi ſine liberis deceſſiſſet:& validum eſſe ſupponit,quamuis legata hæreditatem defuncti exhauſiſſent, vt ſupra oſtendimus.

Prædicta tamen difficultate non obſtante, debet ſuſtineri Papiniani reſponſum, ſupponendo ſcilicet terminos habiles, v. g. quod teſtator non reliquit fideicommiſſum poſt exolutionem legatorum, ſed potius ſeparauit certam partem hæreditatis ad implementum fideicommiſſi, & de reliqua legauit; & cum contrarium non conſtet ex litera, prædicta ſeparatio ſupponenda eſt; nam verba illa: *Tam hæreditaria*, &c. non reſpiciunt omnia, quæ a teſtatore profecta ſunt, ſed potius illa, quæ ſeparata erant ad fideicommiſſi implementum, quæ certam hæreditatis partem continebant, veluti ſemiſſem, & ita legata, & fideicommiſſum excedebant hæreditatem; vnde nihil mirum, quod legatarij contribuant ad Falcidiam præſtita ab hærede cautione de tantumdem reddendo, ſi fideicommiſſi conditio deficeret, vel è contra hæres ſolidum præſtaret legatarijs, ab ijs eadem cautione recepta, iuxta l. 1. §. cum dicitur, verſiculo vltimo, ff. ſi cui plus quam per leg. Falcidiam.

5 Succedit † iam ſecunda quæſtio, in qua Papinianus ingenij ſui acumen, ac iudicij maturitatem demonſtrat, in verſ. planè, perquirens, an æs alienum hæredis æquè officiat fideicommiſſario, ſicut obfuit legatarijs? & quod attinet ad deductionem Trebellianicæ; quemadmodum æs alienum non impedijt Falcidiam, iuxta principium huius §. quod auus, ita non impediret Trebellianicam, vt probatur hic in vltimis verbis, ibi: *Sed quartam retinebit*, & illud hinc deducetur, quod debitum hæredi non impedit detractionem Trebellianicæ.

6 Quod verò † attinet ad fructus interim ex hæreditate fideicommiſſo ſubiecta perceptos, reſpondit I. c. in concurrentem quantitatem debito tutelę compenſari.

Quam reſolutionem putat inſignis Barboſa in dicta lege prima, ff. ſoluto matrimonio, quarta parte, num. 22. de plano procedere: quaſi regulare ſit, quod fructus percepti iudicio teſtatoris debeant computari in æs alienum,& ante Barboſam tenuit Bart. & reliqui hic. Rationem aſſignat Barboſa, quia cum illud debitum ſit confuſum mero iure, in illud fructus facilè imputantur, cum prædicta æris alieni deductio iure ſpeciali permittitur, ex lege irritum, l. ff. in imponenda, C. ad legem Falcidiam. Et ſecundum hunc intelligendi modum explicat l. mulier, 22. §. cum proponeretur, ff. ad S. conſultum Trebellianicam quatenus ibi debitum exigendæ dotis cum fructibus compenſatur.

7 Hæc tamen † doctrina ſuſpecta mihi eſt, ſeu potius falſa. Etenim verius eſt, æs alienum deduci ab hæreditate reſtituenda: fructus verò poſt aditam hæreditatem perceptos cedere iuri hæredis, & de illis tantum in dubio Trebellianicam deduci, ita vt ſuperexcreſcentes cedant pleno iuri hæredis, probat eleganter Vlpianus, in l. in fideicommiſſaria, 18. ff. ad S. conſultum Trebellianum ibi: *In fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione conſtat non venire fructus*, &c. Rationem ſubiungit ibi: *Fructus autem non hæreditati, ſed ipſis rebus accepto feruntur*, &c. quorum, per aditionem hæres factus eſt dominus, l. cum hæredes, ff. de acquirenda poſſeſſ. Quod autem in Trebellianicam imputentur, patet ex eodem textu, ibi: *Planè fructus in quartam imputantur, ut eſt reſcriptum*, &c. l. mulier, 21. §. ſi hæres, verſiculo aliâ cauſa, ff. ad S. conſultum Trebellian. ex quibus apparet, quod in dubio fructus poſt mortem teſtatoris, ex ipſius iudicis præcepti cedunt lucro hæredis, & ſaltem in quartam imputantur. At æs alienum ab ipſis rebus hæreditarijs deduci ſolet, & debet, & non à fructibus.

8 Quod amplius † concludo ab inani effectu: nam ſi fructus percepti iudicio teſtatoris compenſarentur debito, vbique eſſet ad effectum, vt impediretur detractio quartæ ex bonis defuncti: alioquin ſi quarta ex bonis detrahi debet, parum, vel nihil intereſt, quod æs alienum ex ipſiſmet bonis detrahatur; ſi quidem fructus debito cedentes, locum aperiunt detractioni quartæ ex bonis, ergo ſine effectu eſt, quod fructus debito compenſentur.

9 Nec pro Barboſa † facit textus noſter in verſ. Plane: nam propterea fructus ibi computantur in concurrentem debiti quantitatem, quia teſtator iuſſerat, vt bona tam propria, quam hæredis, venirent in reſtitutionem. Quibus verbis, ſaltem voluit teſtator, vt tam corpora hæreditaria, quã fructus ex illis percepti reſtituerentur, argumento l. Imp. 70. §. cum quidam, ff. de legatis 2. quia ſcilicet teſtator, qui nõ ſolũ ſua, ſed hæredis bona reſtitui iubet,

quidquid de ſuo poteſt, dare videtur, fructus autem dare poteſt, d. l. in fideicommiſſaria, in princip. ff. ad Trebell. Suppoſito igitur, quod auus, de quo hic, voluit, vt fructus venirent, & nepos hæres illos percepiſſet; ſimulque duplicem deductionem æris ſcilicet alieni, & Quartæ facere debuiſſet, & in concurſu præualeat cauſa æris alieni, §. cum autem, Inſt. de lege Falcidia, merito reſpondet I. conſultus, vt fructus iam percepti, qui vel in Quartam, vel in debitum imputari debebant, debito cedāt, vtpote potiori; Etſi adhuc illi ſatisfactū nō eſt, reſiduū a bonis petendū eſt, indeq; ēt Quarta deducenda, & adeo vera eſt hæc conſideratio, vt in principio noſtri §. quod auus, vbi ceſſabat coniecturata defuncti voluntas circa compenſationem fructuum, æs alienum ex bonis tantum deducatur.

10 Hæc autem † fructuum compenſatio non proficit legatarijs, quaſi maior ſit effecta portio fideicommiſſarij, quam relicta eſſet, & per hoc augeatur tota hæreditas: nam fructus poſt mortem percepti, non proficiunt legatarijs; quia quantitas patrimonij ad effectum deducendi Falcidiā ſolū inſpicitur tēpore mortis l. in quātitate, ff. ad leg. Falcid. §. quantitas, Inſt. eodē tit. proficiunt tñ fideicōmiſſario vniuerſali, iuxta l. in fideicommiſſaria, l. mulier, 22. §. ſi hæres, verſ. alia, ff. ad S.c. Trebell.

11 Nō facit † deinde pro Barboſa ratio, quam adducit, quod ſcilicet prædicta debiti deductio iure ſpeciali permittatur, cum ipſo iure ſit cōfuſum per aditionem; nam vltra quam quod hæc confuſio non ſit generalis, vt tradit I. c. in l. Stichum, aut Pamphilum, §. aditio, ff. de ſolutionibus: potius dicendum eſt, quod quādo creditor debitori hæres exiſtit, iuris cenſura videtur hæreditas creditori ſoluere, & iam diminuta ad ipſum peruenire, vt eleganter comprobat I. c. in l. ſi ei cui, 41. §. 1. ff. de euictionibus; ibi: *Minus in hæreditate habere videtur, tanquam ipſa hęreditas hæredi ſoluerit*, &c. Vnde cum hæc diminutio, quam fictio iuris operatur, ſit ſtatim in ipſa aditione, manifeſtè ſequitur à corporibus hæreditarijs regulariter fieri, non a fructibus poſtea iudicio teſtatoris perceptis. Nec tandem pro Barboſa facit d. l. mulier, 22. §. cum proponeretur, vt infra oſtendemus.

12 Adhuc † duo remanēt pertractanda pro intellectu huius textus; Primum, an hic valeat fideicommiſſum in bonis hæredis, iuxta d. l. Imperator, 70. §. cum quidam, ff. de legatis 2. & reſoluendum eſt, non valere, vt contra gloſſam vltimam hic, & plures, quos citat, benè probat Barboſa, in d. 4. parte, numero vigeſimo primo, tum, quia noſter textus non dicit fructus compenſari cum bonis hæredis, ſed cum debito: tum etiam, quia iubet deduci Quartam ex bonis tantum teſtatoris. Ratio autem, ob quam hic ceſſet d. §. cum quidam, ea eſt: quia teſtator grauauit nepotem ſuum hæredem prius in bonis hæreditarijs, & poſtea in proprijs, inſuper ad compenſationem fructuum iudicio teſtatoris perceptorum, aderant æs alienum, & Quarta deducenda; ac per conſequens nihil manſit, quod poſſit compenſari cum bonis hæredis, vt in illis etiam aliqualiter fideicommiſſum ſuſtineretur. At in d. §. cum quidam, ſtatim a principio fideicommiſſum fuit iniunctum in bonis hæredis, & ob id de illis indiſtinctè fit reſtitutio, habita etiam ratione fructuum, vt alias ponit Coſta, in cap. ſi pater, tertia parte, verbo, perſonis, nu. 28. de cuius intellectu latè egimus ſupra hoc libro, cap. 1. à nu. 22.

Si tamen in noſtra ſpecie fructus ſuperſint æri alieno, ac Quartę; ſicut teſtator poteſt hæredem grauare, vt illos reſtituat, l. in fideicommiſſaria, 18. ff. ad S. c. Trebell. ita reſpectu ſuperexcreſcentium poteſt rogare hæredem, vt de bonis proprijs reſtituat in concurrentem quantitatem, vt ex gloſſa, ac communi ſententia in terminis defendit Eman. à Coſta, Luſitanus, in cap. ſi pater, 3. parte, verbo, interdum, nu. 103.

13 Secundum † dubium eſt, cur Trebellianica (de qua neceſſariò debet intelligi noſter verſ. planè, cum loquatur de fideicommiſſo vniuerſali, vt latè comprobat alias eruditiſſimus Coſta, in d. cap. ſi pater, 2. parte, verb. Trebell. nu. 26.) ex bonis tantū, quæ moriens auus reliquit, ſit deducenda: vt inquit textus in vltimis verbis, ibi: *Sed Quartam hæres nepotis de bonis duntaxat, quę moriens auus reliquit, retinebit.* Cum in Trebellianicam imputentur fructus, & quidquid aliud, etiamſi iure hæreditario non percipiatur, d. l. in fideicommiſſaria, l. mulier, 22. §. ſi hæres, verſ. alia, ff. ad S.c. Trebell. l. in quartam, 91. ff. ad legem Falcid. ſecundum quæ videtur Papinianus in præſenti contradictionem inuoluere, dum alludit ad l. in quantitate, ff. ad legem Falcid. & §. quantitas, Inſt. eodem tit. vbi Falcidia, quæ de legatis, & fideicōmiſſis particularibus deducitur, de illis tantum bonis detrahenda eſt, quæ fuerunt teſtatoris tempore mortis, & quæ iure hæreditario capiuntur, cum tamen apertè cōſtet illum loqui de Trebellianica, vt ſupra euicimus, quæ vndecumque ſuppletur.

Verum reſpondendum eſt, Papin. in præſenti non negare, quod ſi fructus excederent æris alieni ſummam, non eſſent imputandi in Quartam, ſecundum præcitata iura, vt eleganter tradit gloſſa 1. poſt medium, in d. l. in fideicommiſſaria. Sed ob id dicit ex bonis

tantum,

tantum, quæ moriens auus reliquit, eſſe deducendum, vt oſtenderet, iam fructus ceſſiſſe debito: & conſequenter cum nulli ſupereſſent, manebat dubitatio, an fideicommiſſum aliqualiter conſtitiſſet in bonis etiam nepotis hæredis, propter iniunctum onus, cui nepos adeundo, acquieuiſſe videtur: quod infieiatur I. conſultus hic, tacitè innuens, fideicommiſſum nequaquam conſtitiſſe in bonis nepotis hæredis, cum fructus ſint conſumpti à debito; nec iam aliquid ſuperſit, quod cum hæreditate nepotis compenſetur: & conſequenter Trebellianicam à bonis tantum aui teſtatoris eſſe deducendam.

Conſtat igitur Trebellianicam hic deduci ex bonis teſtatoris, quia non ſupererant fructus, qui in ipſam poſſent imputari, iuxta d. l. in fideicommiſſaria, l. mulier, §. ſi hæres, verſ. alia, ff. ad S. c. Trebell. quidquid dicat gloſſa vltima hic, ſibi contraria, dum in poſtremis verbis innuit, deductionem Trebellianicæ in-
14 cundam fore de bonis tantum, quæ moriens teſtator reliquit. Si autem † fructus ſupereſſent, proculdubio in quartam imputarentur: quod adhuc hodie procederet in terminis noſtri §. quod auus, verſ. planè, non obſtante l. iubemus, C. ad S. c. Trebell. dum excludit fructus ab imputatione Trebellianicæ, quos pleno iure hæredis facit: nam hæc conſtitutio procedit duntaxat in liberis primi gradus, vt patet exinde; & tradit Coſta Luſitanus, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, Trebellianicæ, nu. 13. verſ. adde quod. At in noſtro §. quod auus, agebatur de nepote, vt patet, qui ſecundum gradum conſtituit liberorum, §. ſecundo gradu, Inſt. de gradibus.

15 Pro coronide † reſtat, vt indagemus intellectum ad d. l. mulier, 22. §. cum proponeretur, ff. ad S. C. Trebell. ibi: *Quod ſi tantos fructus ex hæreditate mulier percepit, vt inde poterit doti ſatisfieri: dicendum eſt, potius fructibus hoc expenſum ferendum, quam fideicommiſſo.* Et omiſſis varijs interpretationibus, quas refert, & reprobat inſignis Barboſa, in d. l. 1. ff. ſoluto matrimonio, 4. parte, à nu. 19. ad finem, cum ſequentibus; omiſſa itidem illa, quam ipſe ſequitur nu. 21. vtpote, quia innititur falſo fundamento, & intellectui ad d. §. quod auus, quem ſupra refellimus: mihi videtur ad intellectum d. §. cum proponeretur, diſtinguendos fore duos caſus. Primus eſt, quando dos erat à patre promiſſa in vita, vel iam à iudice aſſignata, iuxta l. qui libros, ff. de ritu nuptiarum. Secundus caſus eſt, quando in vita patris non habuit ortum, aut certitudinem dicta obligatio dotandi: quia ſcilicet adhuc non agebatur de collocanda filia in matrimonio. Quod autem ante promiſſionem patris, aut conſtitutio nem iudicis, non ſit nata, aut ſaltem certa obligatio dotandi filias, inferius oſtendemus.

16 In primo caſu reſoluendum eſt, quod † a patre promiſſa dos, ſiue à iudice aſſignata, loco eſt æris alieni, iuxta l. à filia, 62. in fine princip. ff. ad S. c. Trebell. ibi: *Sed etſi ex promiſſione dotis aliquid debitum fuit, æris alieni loco habendum*, &c. & deducenda ex bonis teſtatoris, quaſi iam bona illa ad filiam hæredem inſtitutam (cui dos fuerat promiſſa) diminuta perueniſſent, iuxta elegantem textum, in l. ſi ei, 41. §. 1. ff. de euictionibus, vt ſupra tetigimus: Vnde nihil mirum, quod in hoc caſu non ex fructibus, ſed ex corporibus hæreditarijs debeat dos deduci; cum immo in terminis d. §. cum proponeretur, (ſi antea fuiſſet dos promiſſa) à filia cenſeretur deducta, iuris fictione, vt ſupra proximè diximus; nec tractus temporis conſiderari poſſit, ratione cuius fructus percipiendi doti antea conſtitutæ cedere debeant.

17 Quod † verò attinet ad ſecundum caſum, quando ſcilicet dos non fuit promiſſa, nec à iudice in vita patris conſtituta, nec conſequenter ortum habuit obligatio paterna certæ dotis dandæ; reſoluendum eſt, quod cum tunc non habeatur loco æris alieni; quando poſtea incipit deberi, ſi iam fuerint ex iudicio teſtatoris tot fructus percepti, quot ſuffecerint doti, ex illis ſatisfaciendum eſt, non verò ex corporibus hæreditarijs; & ita procedit d. §. cum proponeretur, ſecundum quæ conſtat, loqui textum in debito, quod purificatur, & certificatur poſt mortem defuncti, & iam fructibus iudicio teſtatoris perceptis. Vnde innuit à contrario textus in d. §. cum proponeretur, quod ſi fructus interim non ſint percepti, aut non tot, quod requiruntur ad exolutionem totius dotis, tunc ipſo iure deducitur à corporibus hæreditarijs dos, nec ſpectatur temporis tractus, quo fructus neceſſarij ſini dotis percipiantur, vt patet ibi: *Dotem decedere, ac ſi quod ſuperfuiſſet, rogata eſſet reſtituere*, &c.

18 Et quod † in d. §. cum proponeretur, non præceſſiſſet promiſſio dotis, vel aliqua eius conſtitutio, conſtat ex litera, ibi: *Quod & mulieris pudicitiæ, & patris voto congruit*, &c. vbi dubitans I. conſultus, an filia hæres inſtituta, & rogata reſtituere, ſi ſine liberis decederet, poſſit dotem certæ quantitatis deducere ab hæreditate, & marito dare; reſpondet, poſſe, cum id congruat pudicitię mulieris, & patris voto, dum appoſuit innuptæ & nubili conditionem, ſi ſine liberis, quę non pręſumitur à patre adiecta, niſi ſuppoſito legitimo matrimonio, & antecedenter dotis pręſtatione, quę ad illius onera requiritur, l. pro oneribus, C. de iure

de iure dotium ita aliàs eleganter interpretatur Coſta, in d. cap. ſi pater, 1. parte, num. 39. ergo ſi hoc totum futuro euentui, & collectæ teſtatoris menti committitur, manifeſte ſequitur, dotem non fuiſſe antea aſſignatam, aut aliqualiter certam effectam.

19 Quod autem † ante promiſſionem patris, vel iudicis aſſignationem, obligatio dotis dandæ non oriatur, licet ſit in ſpe, ex eo probatur; quia interim dum filia ſui iuris non nubit, vel in poteſtate conſtituta non collocatur à patre in matrimonium, incertum eſt, & ſub conditione an dos debeatur, l. ſi extraneus, 6. ff. de condictione cauſa data, cum interim nec iudex, nec etiam iuris diſpoſitio cogat parentem ad dotandum, aut certificandam legalem dotis obligationem: quæ vt ſaltem certificetur, requirit, vt tempore nuptiarum attendatur dignitas patris, facultates, numerus liberorum, iuxta l. ſi filiæ, 43. ff. de legatis 3. Atque ita conſtat in d. §. cum proponeretur, obligationem dotandi non eſſe prius ortam, vel ſaltem non certificatam: & conſequenter non haberi ſicut æs alienum à tẽpore mortis paternæ; vnde nihil mirum, quod ſi ex fructibus iudicio teſtatoris perceptis ſatisfieri poſſit, ſatisfiat, cum tale debitum poſt mortem patris certificetur.

20 An † autem in d. §. cum proponeretur, potuiſſet ſimul Quarta Trebellianica deduci, quæſtionis eſt? & gloſſa ibidem, verbo, hoc, putat ex fructibus doti ſatisfieri, Trebellianicam verò ex bonis deduci, niſi fructus excedant debiti quantitatem, quia ſuperexcreſcentes in Quartam quoque imputabuntur, iuxta ea, quæ prædiximus ad d. §. quod auus.

Ego contrarium tentandum puto, immò non eſſe Quartam deducendam (niſi in dote detracta minus fuerit, quam pro legitima iure naturæ debita requiritur; nam quod legitimæ deeſt, deducendum duntaxat opinor) & moueor ex eo: quia dos illa detracta loco legitimæ eſt, l. quoniam nouella, C. de inoff. teſtam. at vltra legitimam, non permittitur altera Quartæ deductio, attento iure ciuili, vt innuit l. iubemus, C. ad S.C. Trebell. latè probat eruditiſſimus Eman. à Coſta, in d. cap. ſi pater, 2. parte, verbo, abſque deductione, nu. 19. & verbo, Trebellianicæ, nu. 13. verſ. ſecundò noto. In eo tamen quoad liberos primi gradus, prædicta ſententia intelligetur, dumodo legitima, vel id, quod legitimæ loco eſt, non deducatur à fructibus, ſed ex corporibus hæreditarijs, d. l. iubemus, Coſta d. verbo, Trebellianicæ, nu. 13. verſ. adde quod. Vnde cum in terminis d. §. cum proponeretur, ſit filia grauata reſtituere, inſimul ex fructibus ſit doti ſatisfactum, puto adhuc Quartam deducere poſſe, attenta noua conſtitutione d. l. iubemus, cum fructus in dotem deducti, maneãt nunc filiorum pleno iure, & perinde, ac ſi in dotem imputati non eſſent; & ita attenta eadem noua conſtitutione, recipi poteſt præfata gloſſæ ſententia, in terminis duntaxat d. §. cum proponeretur, quæ de filia loquitur.

Ex quibus etiam conſtat, verſari diuerſam rationem inter d. §. quod auus, & d. §. cum proponeretur: nam in illo, vltra fructus, quos imputat in debitum ex ſpeciali ratione, de qua ſupra, etiam Quartam omninò, & indiſtinctè retinet. At in hoc ſolum detrahit dotem ex fructibus; quæ deducta impedit aliam quartæ detractionem, niſi intelligas (vt ſupra proximè expendimus) de iure recentiori.

SVMMARIVM.

Latè agitur de conciliatione, & intellectu l. vtrum, 9 ff. de aſſignand. libert. & §. datur, Inſt. eodem tit. à num. 1. & à num. 5. & num. 10. & per totum.

Requiritur, vt duo, pluresue ſint liberi in poteſtate, vt eis aſſignari libertus poſſet. & de ratione, nu. 2.

Si emancipetur is, cui facta fuerat aſſignatio liberti, in omnem reſpectum irritatur aſſignatio. nu. 4. intellige tamen, vt nu. 5.

In quo concordet d. l. vtrum, & d. §. datur, à numero 4.

Emancipatus, de rigore iuris ciuilis non admittebatur ad ius patronatus, & bona libertorum paternorum. num. 5. vbi indagatur ratio.

Emancipatus, de iure prætorio admittitur ad bona libertorum; & de ratione. nu. 6.

Explicatur l. 3. §. emancipatos, ff. de aſſign. libert. ibidem.

Explicatur l. 3. §. emancipatus, ibi: Cum reſciſio, quo magis admittat. *ff. de bonorum poſſeſſ. contr. tab. ibidem.*

Emancipato filio de iure Prætorio aſſignari libertus poteſt; & de ratione. ibidem.

Poſthumis aſſignari libertus poteſt. nu. 7.

Eleganter explicatur d. l. vtrum, ibi: ſi modo non pauciores, quam duos præterea in poteſtate habeat, *nu. 8.*

Aſſignatio liberti facta ei, qui poſtea emancipatur, ſuſtinetur de iure prætorio. nu 9. & 13.

Eleganter explicatur d. §. datur, verſ. vnde, ibi: & placuit euaneſcere, quod & Iuliano, & alijs pleriſque uiſum eſt. *nu. 11.*

Reprobatur interpretatio Azonis, & Ioannis veterum gloſſatorum ad d. l. vtrum, nu. 12.

Reprobatur interpretatio Petri antiqui interpretis, ad d. §. datur, verſ. vnde. à nu. 13.

Explicatur l. non diſtinguemus, verſ. ſacerdotio, ff. dere-

di receptis, qui arbitrium receperit. nu. 14.

Qui arbitrium recepit, non cogitur ſententiam dicere, ſe ſacerdos factus eſt; poterit tamen ſi voluerit. ibidem.

Reprobatur interpretatio Hiſpani Pichardo. ad d. l. vtrum. nu. 15.

Latè explicatur l. 1. §. ſed & ſi exhæredato verſ. ſed etſi poſt, ff. de aſſignand. libert. & l. ſi patronus teſtamento, 12. §. 1. ff. de bonis libertorum. à num. 16.

Exhæredatio in dubio non perimit aſſignationem liberti ante factam: & de ratione, d. nu. 16. Declara. nu. 18.

Exhæredatio ſuapte natura adimit tantum vniuerſalem ſucceſſionem. ibidem.

Quid dicendum, quando exhæredato adijcitur legitima cauſa; an tunc antecedens aſſignatio in dubio tollatur. nu. 17.

Exhæredatio ſine cauſa, adhuc hodie tenet, ſecundum veriorem ſententiam, & ſolum parit querelam inofficioſi teſtamenti ſine onere probandi. Remiſſiuè ibidem.

Exhæredatio non nota cauſa ſemper valida fuit, & non ſolum non adimit aſſignationem factam, immo ſuſtinet. nu. 19.

An poſſit pater libertum aſſignare filio naturali? à nu. 20. reſoluitur negatiue.

Amplia, ſiue aliàs ſuccedat, ſiue non ſuccedat parenti. nu. 21.

Quid dicendum apud Luſitanos in filio naturali patris plebei, qui aliàs cum legitimis æqualiter ſuccedit ex Ord. Luſitana. lib. 4. tit. 92. in princip. à nu. 22.

Filius naturalis patris plebei apud Luſitanos eſt in poteſtate patria. ibidem.

Quid, ſi non eſſet in poteſtate patria? nu. 23. vbi tamen ſententia Vallaſci Luſitani probatur.

Filij naturales, qui aliàs ſuccedunt parentibus, eo ipſo ſuccedunt quoque in bonis libertorum paternorum. nu. 24.

Filius naturalis legitimatus, ſiue diſpenſatus, vt patri tantum ſuccedat, etiam ſuccedit in iure patronatus, & admittitur ad bona libertorum paternorum. nu. 25.

De differentia inter legitimatum, & diſpenſatum, remiſſiuè. ibidem.

Reprobatur Luſitani Gamæ ſententia, dum putabat, diſpenſatum vt patri tantum ſuccedat, non poſſe ſuccedere libertis paternis. ibidem.

Ius patronatus paternum inuenitur à liberis in hæreditate paterna. ibidem ad finem.

Ius patronatus quodammodo ſubrogatur in locum iuris dominici, quod patronus ante manumiſſionem in ſeruos habebat. ibidem in fine.

Filio naturali diſpenſato, ut patri ſuccedat, non poteſt libertus aſſignari. nu. 26.

An aſſignatio facta in uno ex duobus filijs in poteſtate conſtitutis, ſuſtineatur, ſi alter emancipatur, cui facta non erat. nu. 27. ubi reſoluitur ſub diſtinctione.

An aſſignatio facta ei, qui vnicus in poteſtate eſt, aliqualiter valeat, ſi alius, vel alij fratres extant emancipati. nu. 28.

CAPVT VIII.

Conciliatio inter Iuſtinianum Imp. in §. Datur, Inſt. de aſsignatione libertorum: & Modeſtinum I.c. in l. vtrum, 9. ff. de aſsignandis libertis.

SCribit Cęſar: *Datur † au-*
1 *tem hac aſſignandi facultas ei, qui duos, pluresve liberos in poteſtate habebit, ut eis, quos in poteſtate habet, aſſignare libertum libertamue liceat. Vnde quærebatur, ſi eum, cui aſſignauit, poſtea emancipauerit: num euaneſcat aſſignatio? ſed placuit euaneſcere, quod & Iuliano, & alijs plerisque uiſum eſt.*

Huic apertiſſimo documento, & illationi, quam Imp. deducit, apertiſſimè quoque refragatur Modeſtinus, in d. l. vtrum, 9. vbi ita inquit: *Vtrum ei tantum, qui in poteſtate eſt, an etiam emancipato filio aſſignare libertos patronus poſſit? ſi modo non pauciores, quam duos præterea in poteſtate habeat: debitari ſolet; magis eſt, poſſe.* Ex cuius verbis conſtat, emancipato aſſignari libertos poſſe: & ſi aſſignatio fieri poteſt, facilius ſuſtinebitur ſuperinducta emãcipatione, iuxta regulam l. patre furioſo, ff. de his, qui ſunt ſui: cum facilius facta teneant, quam adhuc infecta probentur. In ſolutione vacillant, ac variant gloſſatores, vt videre eſt per Accurt. vbrobique, & reliquos interpretes.

2 Certum erat, † attento S. conſulto, quod de aſſignandis libertis prodijt, omnino requiri, vt aſſignator duos, pluresue liberos habeat in poteſtate, vt eis aſſignare liceat. l. 1. in princip. ff. de aſſign. libert. traduxit Imp. in præſenti. Ratio prouenit ex natura aſſignationis, quæ vim habet electionis, quæ non niſi ex pluribus fieri poteſt, iuxta gloſ. verb. pauciores, in d. l. vtrum, cum ſi vnicus eſſet, citra aſſignationem ad bona liberti admitteretur, vt ex ſententia Azonis notat gloſ. in d. verbo, pauciores, & ita fruſtranea in vnico

filio

ſilio in poteſtate maneret aſſignatio.

3 Secundum † quod in noſtro §. datur, verſ. vnde, propoſita reſolutio duplicem poteſt habere decidendi rationem: nam vel propterea emancipato eo, cui aſſignatio facta fuerat, euaneſcit aſſignatio, quia iam vnus tantum remanet in poteſtate, cum duo ad minus requirantur, iuxta d. l. 1. & d. l. vtrum, vel, quia aſſignatio debet omninò fieri illis, qui ſunt in poteſtate: & ita emancipatio ſuperueniens tollat aſſignationem iam factam.

4 In vtroque reſpectu † Imptr. rectè reſpondit, euaneſcere aſſignationem: nam ſi duobus exiſtentibus liberis, vni aſſignatio fiat, qui poſtea emancipatur, aſſignatio euaneſcit; tum quia iam non ſunt in poteſtate duo, pluresue, vt requiritur in d. l. 1. & tunc concordat cum d. l. vtrum. 9. vt inferius enudeabimus. Secundum quam rationem idem eſſet, licet in poteſtate remanenti aſſignatio facta fuiſſet; ea nanque euaneſceret, ex ſupradicta ratione, ſcilicet, quod in vnico fruſtranea maneret aſſignatio; de quo tamen infra latius agendum eſt. tum etiam, quia emancipatio corrumpit aſſignationem, cum emancipatus admitti ad ius patronatus nequeat, ex infra dicendis; & licet plures, quam duo liberi in poteſtate exiſterent tempore aſſignationis: adhuc ex ſupradicta ſecunda ratione emancipatio tolleret aſſignationem in vno antea factam; quo caſu nimis obſtat d. l. vtrum, vltra quam, quod etiam refragetur principio noſtri §. datur, ibi: *Vt eis, quos in poteſtate habet*, &c. vbi emancipatos excludit.

5 Pro concordia † aduerte, emancipatos de iure ciuili non poſſe ad bona libertorum admitti, vt vltra alia iura exprimit Vlp. in l. 3. §. emancipatos, ff. de aſſign. liber. ibi: *Quoniam ad legitimam hæreditatem admitti non poſſint*, &c. nam extraneorum loco ſunt, iuxta §. cæteri, Inſt. de hæredum qualit. & differ. Et ratio rationis eſt: quia ex eo, quod emancipatus de iure ciuili ſit extraneus, nec ad eum ſeruus (ſi manumiſſus non foret) peruenire queat, vtpote quod ſit remotus à bonis paternis, §. emancipatos, Inſt. de exhæredat. liberorum. vbi nutant omnes: ſequitur attento eodem iure ciuili, Ius patronatus conſequi nequire, vt in ſimili per argumentum à contrario ſenſu comprobat Imp. in §. vnico, verſ. at qui, Inſt. de fiduciaria tut. ibi: *Libertus autem ſi ſeruus manſiſſet, utique eodem iure apud liberos domini poſt mortem eius futurus erat.* Vnde cum per aſſignationem agatur de iure patronatus applicandi vni ex liberis, deque bonis liberti aſſignati, ac ſi ab eo libertatem conſecutus eſſet, vt exprimit Vlp. in l. 1. in princip. ff. de aſſign. liber. nihil mirum, quod Senatus conſultum de aſſignandus libertis, duntaxat de liberis in poteſtate loquatur, iuxta proximè citatam l. 1. & intelligitur noſter §. datur.

6 Ceterum, licet † ita ſeueritas ciuilis ſtatueret, nihilominus tamen ſuggerente æquitate Prætor ad ſucceſſionem libertorum emancipatos vocabat, qui tunc ex iuriſdictione prætoria admittebantur, vt exprimit d. l. 3. §. emãcipatos, ff. de aſſign. liber. ibi: *Et putem emancipatos per Prætorem præferendos*, &c. & ibi notat gloſ. verbo, ad legitimum, & verbo, præferendos. Quod eleganti ratione ſtatutum eſt, nam cum Prætor iuris auſteritatem leniens, ad bona paterna emancipatos liberos vocet, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, iuxta tit. ff. de bonorum poſſeſs. contra tabul. d. §. emancipatos, Inſt. de exhæredat. liberorum, tit. vnde liberi, & tit. de coniungendis cum emancipato liberis eius, cum ſimilibus, idque reſciſſa quodammodo capitis diminutione, ac ſi in familia, & poteſtate patria ſemper manſiſſet, iuxta elegantem textum in l. 3. §. emancipatus, ff. de bonorum poſs. contra tab. ibi: *Cum reciſio, quo magis admittat*, &c. iuncta l. 1. ſupra eod. Nihil igitur mirum, quod de iure Prætorio libertorum iura conſequatur, cum iam ratio, deducta à d. §. vnico, verſ. at qui, Inſt. de fiduc. tut. (quæ in liberis in poteſtate procedebat, vt ſupra expẽdimus) nunc ſuppoſito Prætorio figmento, quo emancipatus in poteſtate eſſe creditur ad obtinenda bona paterna cum ſuis hæredibus, in emancipatis militet: atque ita, ſicut emancipatus libertum, ſi manumiſſus non eſſet, in bonis paternis inueniſſet, & eundem manumittendo patronus fieri potuiſſet; ita eiuſdem à patre manumiſſi, cum reliquis bonis paternis, ius patronatus conſequi debet & libertis ſuccedet, vt inſuper probat l. 2. §. vlt. l. libertinus, 5. §. vlt. l. quod ſi pater, 11. l. ſi patronus teſtamẽto, 12. §. vlt. ff. de bonis libertorum. Vnde ſequitur, quod ex prætoria autoritate aſſignari libertus poteſt filio emancipato, ex eo capite, quo iam ad ius patronatus admitti debet; & ita Senatusconſultum de aſſignandis libertis, interpretatione adiutum, ſecundum æquitatem Prætoriam ad emancipatos extenditur.

7 ſicut † etiam ex eodem S. conſulto poſthumis aſſignatio fieri non poterat, vt exprimit Põp. in l. vlt. ff. de aſſign. libert. quia in poteſtate non erant, iuxta l. vlt. ff. de collatione bonorum, & tamen ſuppoſita interpretatione prudentum, valet aſſignatio, vt patet in d. l. vlt. ff. de aſſign. libert. ibi: *Magis tamen puto etiam poſthumos contineri*, &c.

8 Ex quibus † colligitur, quod ſi pater filio emancipato libertum aſſignet, tenet aſſignatio ex iuriſdictione Prætoria, & inſimul voluntate

luntate

luntate patris, quæ in aſſignationibus huiuſcemodi multum operatur, l. 1. §. aſſignare, ff. de aſſign. libert. ſecundum quæ debet intelligi noſtra l. vtrum, 9. ff. de aſsign. libert. vbi I. conſultus ſatis oſtendit repugnantiam iuris ciuilis, ibi: *Magis eſt poſſe*, dum aſsignationem ſuſtinet ex probabiliori ſententia, æquitate inſuper ſuadente. Ne tamen liberi in poteſtate quererentur, quod ſibi quæſitum ius in libertis paternis ademptum foret, requirit Modeſtinus in noſtra l. vtrum, ut vltra filium emancipatum, cui aſsignatio fit, remaneant in poteſtate duo, pluresue, alioquin aſsignatione non valitura; exprimitur in d. l. vtrum, 9. ibi: *Si modo non pauciores, quam duos præterea in poteſtate habeat*, &c.

Mouetur I. c. eleganti ratione: nam quando vnus tantum remanet in poteſtate ex liberis, ipſi ſtatim ius quæſitum eſt conſiderabile, ex diſpoſitione legis; vnde parens illi tale ius non poterit auferre, in emancipatum aſsignationem conferendo, cum id inſuper faciat contra verba S. conſulti, quod tunc permiſit aſſignationem, cum duo, pluresue in poteſtate forent, l. 1. ff. de aſſign. libert. Si verò duo, pluresue liberi in poteſtate remanent, nulli facit præiudicium certum, cum alterutri conquerenti potuiſſet pater reſpondere, ſe alteri aſſignare poſſe ex ijs, qui in poteſtate ſunt; vnde quaſi nullus, qui in poteſtate eſt, iuſtè cauſari poſſit, ſibi ius ademptum, merito in emancipato valet aſſignatio, duobus vel pluribus præterea relictis in poteſtate.

9 Quemadmodum † autem filio emancipato aſſignarè libertum poſſumus ex autoritate Prætoria; a fortiori facta aſſignatio ex eiuſdē Prætoris tuitione ſuſtinebitur, ſi emancipatio ſuperueniat, iuxta regulam l. patre furioſo, ff. de his, qui ſunt ſui, vel alieni iuris. & ea, quæ infra latius dicemus.

10 *V*nde Primò † infertur, Imper. in noſtro §. datur, loqui duntaxat attenta ſeueritate ciuili; ſecundum quam nec aſſignari emancipato poterat, nec facta aſſignatio ſuperueniente emancipatione ſuſtinebatur. At conſiderato iure Prætorio, id ſub diſtinctione procedebat: nā ſi filio emancipato libertus aſſignetur, & alter tantum filius in poteſtate remaneat, non ſolū de iure ciuili corruit antecedens aſſignatio, ex dictis: ſed nec de Prætorio ſuſtinetur, quia deuenit ad caſum, à quo non poteſt incipere: conſtat autem non poſſe emancipato conferri aſſignationem, niſi præterea duo, pluresue maneant in poteſtate, d. l. vtrum, 9. ergo, &c.

Si vero filio emancipato adhuc in poteſtate remanent non pauciores, quam duo, licet adhuc de iure ciuili tollatur, & perimatur aſſignatio iuxta d. §. datur, de iure tamen Prætorio ſuſtinetur: quia ſi eo caſu poteſt incipere, d. l. vtrum, à fortiori ſuſtineri poterit, niſi eo animo fiat emancipatio, vt aſſignatio pereat, argumento l. 1. §. ſed etſi exhæredato, verſ. ſed etſi poſt, ff. de aſſign. libert. ibi: *Niſi hoc animo facta ſit*, &c. iuncto §. aſſignare, ſupra eadem lege, ibi: *Etiā nuda voluntate poterit*, &c.

11 Illud tamen † adhuc obijcitur ex noſtro §. datur, verſ. vnde, ibi: *Sed placuit euaneſcere; quod & Iuliano, & alijs pleriſque viſum eſt*, &c. quod niſi referamus ad ius Prætorium, ita vt nec etiam illo attento ſuſtineatur aſſignatio, videtur illatio Imp. manere de indubitabili, contra regulam l. quod Labeo, iuncta gloſ. 1. ff. de Carboriano edict. Accedit, quod Imper. id decidit ex placito, & cum formidine, ob idque proferat auctoritatem Iuliani, & aliorum I. conſultorum, ergo non ſolum debet intelligere, de iure ciuili, ſed etiam de Prætorio.

Verum reſpondendum eſt, quod dubitatio erat, an S. conſulto (quo cauebatur, vt liberis in poteſtate liberti aſſignarentur, l. 1. ff. de aſsign. libert.) ſatisfactum eſſet, ſi aſſignatio fieret tempore habili, id eſt, filio in poteſtate, licet iſte poſtea emanciparetur, & perueniret ad caſum, à quo nō poſſet aſſignatio incipere, cum id multoties eueniat, vt inquit I. c. Paulus, in l. pluribus, §. vlt. ff. de verborum oblig. ibi: *Etſi placeat extingui obligationem, ſi in eum caſum inciderit, à quo incipere non poteſt: non tamen hoc in omnibus verum eſt*, &c. & ibi notat gloſ. verbo, ſtipulatus, & ſequuntur Doctores, text. bonus, in l. in ambiguis, pro dotibus, §. non eſt nouum, ff. de regulis iuris. & propter hanc non modicam dubitandi rationem protulit Imper. autoritatem I. conſultorum, quibus pleriſque placuit, vt aſſignatio ſecuta emancipatione euaneſceret, ne forte fraus fieret S. conſulto, etiamſi vnus præterea in poteſtate manſiſſet, cui ius patronatus tunc videbatur ademptum. Non proinde tamen denegat Iuſtinianus aſſignationē ſuſtineri de iure Prętorio, dumodo ceſſet ratio fraudandi, ſcilicet, ſi præterea duo pluresue in poteſtate maneāt, iuxta noſtram l. vtrum. 9.

12 Secundo † infertur, falſo opinatum fuiſſe Azonem relatū à gloſ. verbo, euaneſcat, in d. §. datur, & verb. poſſe, il 2. in d. l. vtrū, dū exiſtimat in d. l. vtrum, 9. ſolum quæri, an ſoli filio in poteſtate poſſit aſsignari libertus? & reſpōderi, ſoli ipſi aſsignari poſſe: nam textus in d. l. vtrum, ita incipiebat: *Vtrum ei tantum, qui in poteſtate eſt*, &c. & finitur, *& magis eſt poſſe*, coniungit itaq; prædictus gloſſator finē principio, ita vt decidat I. c. ei tantum poſſe aſsignari, qui in poteſtate eſt. Eandem ſententiam ſequi videtur Ioannes gloſſator quoq; antiquus, relatus à gloſ. verbo, poſſe, il. 1. ad finē, in d.

Digitized by Google

in d. l. vtrum, cui adhærere ipſa quoque gloſſa videtur, dum eius opinionem vltimo loco refert, iuxta latè notata per Decium, in l. cum fundus, 31. §. ſeruum ſuum imprudens, nu. 9. ff. ſi cert. petat. Luſitanum Gamam, deciſ. 306. nu. 17.

Ceterum hæc interpretatio pueriliter peccat, nam quæſtio in d. l. vtrum, 9. ſolum emancipatum reſpiciebat, vt patet ibi: *Vtrum ei tantum, qui in poteſtate eſt, an etiam emancipato filio aſſignare libertos patronus poſſet, &c.* Reſpondet I. c. *magis eſt poſſe*. ergo reſponſio tantum ſatisfacit quæſtioni de emancipato: nam in filio in poteſtate aberat omnis dubitatio, ex l. 1. ff. de aſſign. libert. Deinde vltima verba. *magis eſt poſſe*, denotant formidinem in deciſione, & nulla omnino poterat concipi in filio in poteſtate, cui dumtaxat ex autoritate S. conſulti permiſſum erat libertos aſſignari. Tandem conuincunt illa verba: *Si modo non pauciores, quam duos præterea in poteſtate habeat*, &c. vt explicabimus in quarta illatione.

13 Tertio infertur, deceptum † fuiſſe Petrum veterem gloſſatorem, relatum ab Accurt. verbo, poſſe, il. 1. in d. l. vtrum, dum agnoſcebat, aſſignationem quidem fieri poſſe in emancipato, factam vero indiſtinctè, & omni iure perimi per emancipationem ſuperuenientem, & ſic intelligi d. §. datur, verſ. vnde, argumento l. non diſtinguemus, verſ. Sacerdotio, ff. de receptis, qui arbitrium receperunt. Cuius ſententiam amplectitur Accurt. in d. verſ. Sacerdotio, verbo, ferre debet. & verbo, non eſt nouum, in l. in ambiguis, pro dotibus, §. non eſt nouum, ff. de regulis iuris. Hanc tamen interpretationem damnat Ioãnes relatus à gloſ. in d. verbo, poſſe, il. 1. ad finẽ, vbi eundem vltimo loco relatum ſequi videtur ſibi contrarius Accurt. & in d. §. datur, verbo, euaneſcat, in fine. Inſuper confunditur: quia ſi in emancipato facta aſſignatio à prætore probatur; ab eodem etiam defendi debet iam facta, niſi conſtet de contraria voluntate aſſignatoris: nam in dubio pro aſſignatione præſumitur, vt in fortioribus terminis probat l. 1. §. ſed etſi exhæredato. verſ. ſed etſi poſt, ff. de aſſign. libert. & ſicut nuda voluntate aſſignatio fieri poteſt, §. aſſignare, ſupra eadem lege, facta a fortiori conſeruabitur, cum facilius vnumquodque conſeruetur, quam producatur, vt in naturalium productione, & conſeruatione patet.

14 Nec † quidquam officit d. l. non diſtinguemus, verſ. ſacerdotio: quia non dicit vitiari arbitrium ante receptum, ſed non cogi recipientem vt ſententiam dicat; vt patet ibi: *An cogatur arbiter ſententiam dicere*; & ita aduertit Ioannes relatus à gloſſa, in d. verbo, poſſe, il. 1. ad finem, in d. l. vtrum, 9. & gloſ. verbo, euaneſcat, in fine, in d. §. datur. Rationem autem cur cogi non poſſit, ſubiungit I. c. ibi: *Sed & maieſtati Dei indulgetur, cuius ſacris vacare ſacerdotes oportet.* &c. Immo etiamſi in d. verſ. ſacerdotio, diceretur arbitrium receptũ ipſo iure extingui, adhuc nihil concluderet pro prædicta interpretatione: nam in d. verſ. ſacerdotio, vltra mutationem, dabatur etiam impedimentum reſpectu ſententiæ dicendæ, cum non niſi præuia cognitione fiat, quod auerteret ſacerdotem à diuino miniſterio; vel diuinum miniſterium auerteret à ſententia dicenda; at ſimplex emancipatio, ſiue iam exiſtens, ſiue ſuperueniens, reſpectu iuriſdictionis Prætoriæ, quæ emancipato filio aſſignationẽ fieri permiſit, ſolam ſtatus mutationem ſupponit, nullumque ſuperinducta habet nouum, ac extrinſecum impedimentum, ſicut per contrarium oſtendimus in eo, qui denuo ſacerdos factus eſt.

15 Quarto infertur, † lapſum quoque fuiſſe Hiſpanum Pichardo, in d. §. datur, dum ſimpliciter negans poſſe emancipato conferri aſſignationem; reſpondet ad d. l. vtrum, 9. non loqui de aſſignatione facta ſimpliciter emancipato, ſed quæ emancipato, & in poteſtate ſimul fiebat, quaſi ad vmbram filij in poteſtate melior ſors contigerit emancipato.

Ceterum, hæc interpretatio apertè violat literam d. l. vtrum: nam quæſtio in ea erat, an filio tantum in poteſtate, an etiam emancipato aſſignari libertus poſſet? vt patet ibi: *Vtrum ei tantum, qui in poteſtate eſt, an etiam emancipato filio aſſignare libertos*, &c. Quæ verba nullatenus concurſum, ſed æquiparationẽ oſtendunt. Deinde ſi I. c. ageret de concurſu, perperam, & falſo adijceret: *Si modo non pauciores, quam duos præterea in poteſtate habeat*, vbi clarè demonſtrat, vltra illum, cui aſſignatio facta eſt, duos ad minus in poteſtate remanere debere excluſos ab aſſignatione: at vbi aſſignatio fit ei, qui in poteſtate eſt, non requiritur, vt duo præterea in poteſtate maneant, quibus aſſignatio facta non eſſet, iuxta l. 1. ff. de aſſign. libert. vbi ad aſſignandum libertum ſufficit, quod duo tantum ſint in poteſtate, & alteri fiat aſſignatio; ergo falſo interpretatur Pichardo. Nec dici poteſt, deterioris conditionis eſſe filium in poteſtate, cum emancipato concurrentem in aſſignatione, atque ſi ipſi ſoli in poteſtate aſſignatio fieret, altero tantum remante in poteſtate. Manet igitur verior noſtra ſuprapoſita interpretatio.

16 Quinto infertur † explicatio ad l. 1. §. ſed etſi exhæredato. verſ. ſed & ſi poſt, ff. de aſſign. libert. & l. ſi patronus teſtamento, 12. §. 1. ff. de bonis libertorum, cur ſcilicet aſſignatio facta in

cta in dubio non tollatur per ſequentem exhæredationem, cum exhæredatio intercludat ius patronatus, & conſequenter aditum ad bona liberti, iuxta l. ſi patronus, 12. cum l. ſequenti, ff. de bonis liberti. id etenim ex eo prouenit, quia ſicut exhæredatio mihi non noceret, ſi pater titulo v.g. legati ius patronatus relinquere voluiſſet, d. §. ſed & ſi exhæredato, elegans textus, in l. ſi ſeruus, 6. ff. de aſſign. libert. idque ex ea ratione: quia ſi libertus ita manumiſſus non foret, potuiſſet exhæredato legari, quem manumittendo, eiuſdem patronus fieret, & ſic tunc ceſſaret ratio, ob quam regulariter exhęredatus arcetur à iure patronatus; ita etiam, tum per aſſignationem liberti, cenſeatur (vt ita loquar) legatus ipſe libertus, ſi manumiſſus non foret, vel ius patronatus in illo, talis aſſignatio in dubio non perimetur ſecuta exhæredatione: nam exhæredatio ſuapte natura ſolum adimit vniuerſalē ſucceſſionem: & ideo, qui particularem ſucceſſionem per exhæredationem vult remouere, nihil agit, nec interpretatione iuuandus eſt, vt eleganter decidit I.c. in l. cum quidam, 19. ff. de liberis, & poſth. quam acutiſſimè de more ita interpretatur noſter Luſitanus Coſta in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, in re certa, nu. 5. verſ. mihi autem, cum multis nn. ſequentibus. Si tamen conſtiterit animum patris exhæredantis maleuolum eſſe, & in id tendere, vt aſſignationem quoque adimeret, tunc propter talem voluntatem adimetur, quamuis ſit tacita, nuda, & inſolennis. l. 1. §. aſſignare, ff. de aſſign. libertis, & ita explicari debet d. verſ. ſed & ſi poſt, ibi: *Niſi hoc animo facta ſit*, &c.

Quæ explicatio recte procedit attento Digeſtorum tempore, in quo parentibus licebat ſine cauſa liberos ſuos exhæredare, ex ratione, quam tradit I.c. in l. in ſuis, in fine, ff. de liberis, & poſth. vnde nihil mirum, quod in dubio non data cauſa; quæ patrem contra filium irritaſſet, per exhæredationem non cenſeretur adempta aſſignatio.

17 Quid autem † dicendum eſt attento nouiſſimo iure, vt in Auth. vt cum de appell. cogn. §. cauſas, iuncto § aliud, collat. 8. vbi ad effectum, vt valeat exhæredatio, requiritur legitima cauſa expreſſa à teſtatore, ab hærede probanda: alias vel teſtamentum eſt nullum, vt communis vult, in Auth. ex cauſa, C. de liberis præteritis, quam ſequitur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 82. §. 1. vel filio non rite exhæredato, indiſtinctè competet querela inofficioſi teſtamenti, abſque illo onere probandi, vt vult ſanior, ac verior ſententia, quam latè comprobat ſubtiliſſimus Viglius, in Rubrica Inſt. de inoff. teſtam. a nu. 4. Luſitanus Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, inſtituit, nu. 22. ſecundum quam adhuc in viridi obſeruantia manebit d. verſ. ſed & ſi poſt.

Suppoſito igitur quod pater hodie ritè exhæredat filium, iuxta formam iuris recentioris, ita vt filio non competat vel nullitatis, vel inofficioſi teſtamenti remedium; dubitationis eſt, an corruat aſſignatio facta? & magis puto aſſignationem in dubio corruere: quia ex qualitate cauſæ adiectæ à teſtatore, & probatę ab hærede, colligitur animus adimendi quidquid reuocabiliter datum eſt; & ita emendari d. verſ. ſed & ſi poſt, vt nunc è conuerſo procedat, ſcilicet in dubio aſſignationem ex facta, ſecuta legitima exhæredatione perimi: non ita ſi conſtiterit adhuc de voluntate patris aſſignationem remanere volentis. Quod

18 etiam † procedere poteſt de iure antiquo, ſi pater ob grandem, & grauem cauſam filium exhæredaſſet: nam etiam tunc in dubio aſſignatio facta adimeretur per exhæredationem ſuperuenientem, argumento l. 3. §. vlt. cum l. ſequenti, ff. de adimend. legat. iuncta l. 1. §.

19 aſſignare, ff. de aſſign. libert. Illud † tamen hodie etiam certum eſt, quod ſi exhæredatio fiat non notæ cauſa ſed ob filij compendium, iuxta l. multi non notæ, ff. de liberis & poſthum. cum aliis, quæ gloſ. ibidem congerit, quo caſu etiam hodie tenet, nulla cauſa adiecta, aſſignatio ante facta indiſtinctè volebit, non quaſi in dubio non cenſeatur reuocata, iuxta d. verſ. ſed & ſi poſt, ſed potius quia apertè conſtat, patrem obeſſe nolle, & ita quoad, ius patronatus probat l. ſi patronus, 12. §. ſiquis non mala, & l. Paulus reſpondit, in princip. ff. de bonis libertorum.

20 Sextò † infertur ad illam quæſtionem, vtrū pater poſſet aſſignare libertum filio naturali? & ex dictis, videbatur dicendum, poſſe: quia ſicut valet aſſignatio in filio emancipato, ita valere videbatur in naturali, vterque enim extra poteſtatem eſt, §. penult. & vlt. Inſt. de nuptijs, §. præterea emancipatione, Inſt. quibus modis ius patriæ poteſt. ſolu.

Verum contrarium tenendum eſt; immò filio naturali libertos aſſignari non poſſe, probat Vlp. in l. 1. ff. de aſſign. libert. ibi: *Si quis duos, pluresue liberos ex iuſtis nuptijs quæſitos in poteſtate habens*, &c. vbi ex S. conſulto, quod de aſſignandis libertis cautum eſt, duo copulatiuè requiruntur, vt ſcilicet filius ſit legitimus; itidem, & in poteſtate, vtrumque deficit in filio naturali, iuxta d. §. penult. & vlt. Inſt. de nuptijs.

Nec quidquam euincit ſimilitudo filij emācipati: nam emancipatus primum requiſitum verè obtinet, vtpotè, iuſtis nuptijs quæſitus: ſecundum verò fictè: nam Prætor reciſa capitis diminutione, (vt ſupra probauimus) cum

Digitized by Google

eum in poteſtate eſſe ſupponit.

Et hanc reſolutionem amplia procedere, 21 † ſiue filius naturalis ſucceſſibilis ſit, ſiue patri non poſſet ſuccedere: nam interim dum illud duplex requiſitum defecerit, illi aſſignari libertus non poterit.

22 Quid dicendum † eſt apud Luſitanos, in filio naturali plebei (quem peditem vulgo vocant) an ei pater poſſet libertum aſſignare? & ſi dicamus, de iure Luſitanico in poteſtate eſſe patris, vt tenuit Luſitanus Franciſcus Caldas, in l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, nu. 94. verſ. ex qua ſententia, & in tract. de nominatione emphyt. quæſt. 12. nu. 54. & paſſim alibi; cuius ſententia mihi ſemper arriſit, propter Ord. Luſitanam, lib. 4. tit. 92. in princip. quæ illum cum legitimis ſuccedere æqualiter iubet; Gama Luſitanus deciſ. 3. nu. 3. Cabedo, deciſ. Luſit. 100. nu. 1. in 1. parte, & ob id effectus veri legitimi conſequitur, vt per Luſitanum Coſtam, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, ſi abſque liberis, nu. 37. de teſtam. in 6. tunc aſſignatio in eo facta valebit: nam attento iure Luſitanico, verificantur prædicta duo requiſita, poterat enim id efficere, ſecundum notata in l. ſi is qui pro tempore, ff. de vſucapionibus. latè comprobat Coſta, d. verbo, ſi abſque liberis, nu. 50. latiſſimè Luſitanus Cabedo, Deciſ. 69. nu. 2. tomo. 2. Faciūt quæ idem Cabedo, deciſ. 100. nu. 11. tomo. 1. vbi magis ad rem. & effeciſſe præſumitur, dū cum legitimis æqualiter ſuccedere iuſſit. ergo in eo locum ſortitur l. 1. in princip. ff. de aſſign. libert.

23 Si verò † dicamus, non eſſe in poteſtate patria prædictum filium naturalem plebei, quod tenaciter defendit inſignis Senator Luſitanus Vallaſcus, conſ. 94. à nu. 3. volum. 1. tunc in eo facta liberti aſſignatio non valebit: quia licet cum legitimis ſuccedat, attenta præallegata Ord. Luſitana, non proinde tamen conſiderari poterat, vt ex legitimis nuptijs quæſitus, niſi quoad illum effectum; nec etiam in poteſtate eſſe, quæ copulatiuè requirebantur, d. l. 1. in princip. & reſciſſio capitis diminutionis, quam ſupra in emancipato inſpiciebamus, in filio naturali conſiderari nequit: quia in eo tantum poteſt locum obtinere, in quo aliquando fuit patria poteſtas; & ideo dicit Vallaſc. vbi proximè, prædictum filium naturalem nec emancipato comparari poſſe. Verum cum ego probabilius putem, apud Luſitanos præfatum filium naturalem plebei effici legitimum, ex legati poteſtate; & conſequenter iuris cenſura haberi, ac ſi ex legitimis nuptijs procreatus, ac in poteſtate patria eſſet: ei poterit à patre libertus aſſignari. & ſi attentè perpendantur, quę doctiſſimus Vallaſc. affert, à d. nu. 3. vbi prædictum filium plebei naturalem, nequaquam legitimum, & in poteſtate eſſe comprobare nititur: facilè lector cōperiet, locum duntaxat habere in filio ſimpliciter naturali, de quo iura Romanorum paſſim loquuntur, à quo certe conſtat multum differre filium naturalem peditis apud Luſitanos; quod inficiari non potuit idem Vallaſc. d. conſ. 94. num. 7. verſ. Dices ſcio, ad fin. cum verſ. ſequenti.

24 Illud in † proximis illationibus circa filios naturales aduertendum eſt, quod quamuis aſſignari illis liberti nequeant, ex allata ratione, ſi tamen ſuccedunt parentibus æqualiter cum legitimis, vel etiam non extantibus legitimis, in ijs terminis, in quibus ſuccedunt, ius quoque patronatus paternum conſequuntur: nam ſicut bona parentum nanciſcerentur, & inter illa libertos inuenirent, niſi manumiſſi forēt, quos poſſent tunc manumittere, & ius patronatus conſequi, ita etiam obtinere debent ius patronatus, quod parentes, quibus ſuccedunt, nacti fuerant, vt ex hac ratione in ſimili conſtituit Imp. in §. vnico, verſ. atqui, Inſt. de fiduciaria tut. & licet in tit. de bonis libertorū, fiat mentio filiorum, naturalium, id ex eo prouenit, quia tunc temporis naturales nullatenus parentibus ſuccedebant, ſed tantum cępit mitigari à tempore l. humani, 8. C. de naturalibus lib. & Auth. Quibus modis nat., effic. ſui, §. ſi verò, & §. vlt. collat. 6.

25 Vnde vtiliter † inferes, quod ſi naturalis filius ſit legitimatus, ſeu potius diſpenſatus, vt patri tantum ſuccedat (vt aliàs vocat Paulus Caſtrenſis, in l. pactum dotale, col. vlt. C. de collationibus, vbi Alex. num. 5. idem Paulus, & Socinus, in l. falſa demonſtratio, §. 1. ff. de condit. & demonſtr. Iaſ. in l. cum acutiſſimi, col. vlt. C. de fideicommiſſ. Couar. inſignis præſul de ſponſalibus, 2. parte, cap. 8. §. 9. vbi latè de legitimato, & diſpenſato. Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, ſi abſque liberis, nu. 51. idem Coſta, in §. & quid ſi tantum, 3. parte, nu. 23. eſtque communis opinio, quā ſequitur Gama, deciſ. Luſitana, 383. nu. 5. idē Gama, deciſ. 41. nu. 4. & deciſ. 134. nu. 1. Luſitanus Cabedo, deciſ. 69. nu. 3. tomo 2. circa quod vide elegantem declarationem Socini, conſ. 246. col. 2. verſ. 1. legitimatio, quem ſequitur Decius, in d. l. pactum dotale, nu. 15. idem Dec. conſ. 258. quamplures referendo, nouiſſimè ſequitur Cabedo, in deciſ. Luſitanā, 69. nu. 8.) iſte filius ſic deſpenſatus, etiam admittetur ad ius patronatus paternum, quidquid dicat Gama, d. nu. 5. ante finem, ſecundum quem iudicatum fuit: nam hæc ſucceſſio libertorum paternorum non eſt diuerſa à ſucceſſione parentum: etenim, niſi libertus

à patre

à patre præſati filij diſpenſati, fuiſſet manumiſſus, tranſiret cum alijs paternis bonis ad filium diſpenſatum: & poſſet tunc diſpenſatus illum manumittere, & conſequenter Ius patronatus, & legitimam ſucceſſionem conſequi; ergo manumittente patre etiam talis filius diſpenſatus paternum ius patronatus conſequetur, vt in ſimili infert Imp. in d. §. vnico, verſ. atqui, Inſt. de fiduciaria tit. qui dum loquitur in legitima tutela libertorum, etiam concludit in ſucceſſione, iuxta regulam l. quo tutela, ff. regulis iuris. Vnde licet diſpenſatio dicat filium ſoli patri poſſe ſuccedere, nihilominus etiam dicemus poſſe ſuccedere libertis paternis: quia in effectu quodammodo eſt patri ſuccedere, & in bonis paternis; aut ſaltem in hæreditate paterna, inuenit ius illud patronatus, ratione cuius ſuccedere poteſt liberto paterno: nam ius patronatus quodammodo ſufficitur, ac ſubrogatur in locum iuris dominici, quod patronus ante manumiſſionẽ in ſeruos habebat; quæ ſuprapoſita reſolutio ex eo potiſſimum corroboratur, quia diſpenſatus, in terminis, in quibus ſuccedit, tamquam vere legitimatus cenſetur. Paul. Caſtr. conſ. 209. ſequitur Dec. conſ. 52. & conſ. 264. notat Luſitanus Cabedo, d. deciſ. 69. nu. 7. & conſequenter tamquam filius hæreditatem paternam conſequitur.

26 Hunc † autem naturalem diſpẽſatum, licet ad ius patronatus paternum admitti dicamus, non proinde tamen in eo vllo pacto aſſignatio liberti fieri poteſt, aut facta ſuſtinebitur, ac ſi ſimpliciter naturalis eſſet: in eo enim non verificantur requiſita S. c. de quo in d. l. 1. in princip. ff. de aſſign. libert. non enim ex legitimis nuptijs procreatus, nec conſequenter in poteſtate eſt, ſolumq; eidem conceſſi ſunt effectus legitimorum liberorum, ſecundum formam conceſſionis; & quamuis in emancipato de iure Prætorio aſſignationem validam dicamus, id tamen ad hunc caſum protendi nequit, ex diuerſitate rationis, quam ſupra in emancipato expendimus.

27 Septimo † infertur ad illam quæſtionem, an aſſignatio facta in vno ex duobus filijs in poteſtate, ſuſtineatur, ſi alter emancipetur, in quo facta non erat. Mouet dubitandi rationẽ: quia S. c. de aſſignandis libertis, requirit, vt duo, pluresue ſint in poteſtate, vt vni ex illis, qui in poteſtate ſunt, aſſignatio fiat, alias fieri nequeat, d. l. 1. in princ. & d. §. datur, & ideo ſi vnus tantum eſt in poteſtate, quamuis alij plures emancipati extent, ei, qui in poteſtate eſt, aſſignatio fieri nequit, vt ſatis probatur in proximè relatis iuribus, ex ea ſcilicet ratione: quia ille, qui in poteſtate manet, citra aſſignationem ſolus vocaretur ad ius patronatus paternum, vnde, cum aſſignatio in præfatis terminis deueniat ad caſum, in quo incipere nequit, inualidari debet, præcipuè, cum inſuper fruſtranea videatur, ex ſupradicta ratione.

Verum hæc omnia concludunt de iure tantum ciuili, quo attento, emancipatus extraneus reputatur, vt ſupra tetigimus, & conſequenter, ille, qui in poteſtate manet, quaſi vnicus ſucceſſor, citra aſſignationem idem ius patronatus ſolus conſequitur; atq; ita nihil mirum, quod in prædictis terminis de iure ciuili fruſtranea maneat, inutilis, atq; irrita talis aſſignatio. Attamen, quia de iure Prætorio emancipatus etiam admittitur ad ius patronatus paternum, & per conſequens, ad bona libertorum, cũ ijs, qui in poteſtate ſunt, & aliquando illos excludat, vt probat l. 2. §. vlt. l. libertinus, qui patronum, 5. §. vlt. l. quod ſi pater 11. l. ſi patronus teſtamento, 12. §. vlt. ff. de bonis libertorum, cum mille alijs, & ſupra tetigimus: ſine dubio vtilis manebit prædicta aſſignatio quoad ius prætorium: & ipſe Prætor, qui emancipatum vocat ad bona parentum, indemnem ſeruabit aſſignationem factam in eo, qui ſolus in poteſtate mãſit, ne emãcipatus cõtra voluntatẽ patris ad idem ius patronatus ſimul admittatur.

28 An autem ſicut † de iure Prætorio ſuſtinetur aſſignatio facta quando unus emancipatur, altero remanente in poteſtate, cui aſſignatus fuerat libertus: ita etiam poſſit de nouo fieri ei, qui ſolus eſt in poteſtate, altero, vel pluribus emancipatis; & certe, de iure ciuili non poterit, propter aperta verba d. l. 1. & d. §. datur; nec de iure Prætorio quidquam in hac ſpecie ſtatuitur. Verum pater poterit emancipatum aliter remouere, quod multis modis fieri poteſt; vel etiam ſi aſſignauerit, licet inutiliter, adhuc tamen Prætor æquitate ſuggerente, ut ultima uoluntas exitum habere poſſit, aſſignationem confirmabit, argumento l. 1. 2. & 3. cum ſequentibus, ff. de confirmando tutore. in quibus Prætor inutiles attento iure dationes tutorum confirmat. Faciunt, quæ argumento quoque l. ſi filio, 6. ff. de confirm. tut. tradit Luſitanus Caldas, in l. ſi curatorem, C. de in integr. reſtit. minorũ in principio, n. 4.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu Auth. de nuptijs, §. ſi vero decretum, verſ. & multo potius, collat. 4. a n. 1. & præcipuè, à n. 6. & n. 12.

Res habita pro derelicto, occupanti conceditur, ibid.

Homo liber non præſcribitur, ibidem.

Proponitur prima interpretatio ad d. verſ. & multo, n. 2. quæ amplexatur. à n. 5.

Seruus languens à domino neglectus, & dimiſſus, ſtatim fit liber. ibidem, & n. 5. vbi limitatur.

Proponitur, & reprobatur ſecunda interpretatio ad d. verſ. & multo, n.3.

Proponitur, & reprobatur tertia interpretatio ad eund. verſ. nu.4.

Vt quis poſſit facere ſuum, id quod habitum eſt pro derelicto, requiritur ſcientia habitionis pro derelicto, nu. 8.

Fallit in eo ſeruo habito pro derelicto, quem mulier libera ſibi matrimonio copulauit, ibidem.

Seruus habitus pro derelicto, quem mulier libera ſibi matrimonio coniunxit, eo ipſo de iure ciuili libertatem conſequitur, nu.9.

Liberam mulierem redemptam ab hoſtibus, ſi interim quo pretium non reddit, redimens ſibi matrimonio iungat, poſtliminio ſtatim reuertitur, & tacitè liberatur à nexu, in quo erat. nu. 10.

Apud Romanos non conſiſtebat matrimonium cum ſeruis. nu.11.

Attento iure ciuili, qui ſibi copulabat propriam ancillam in vxorem, tacitè libertatem concedere videbatur. nu. 13.

Explicatur l. vlt. C. communia de manumiſſ. nu. 14. & num. 26.

Concubinatus de iure ciuili cum propria ſerua haberi poterat, ibidem.

Liberta in concubinatu domini poſita, non tenebatur operas aliàs propter manumiſſionem debitas, illi praſtare. ibidem.

Eleganter explicatur §. eadem, Inſt. Quibus ex cauſis manumitt. ibi : aut ancillam matrimonij cauſa, *&c. num. 15.*

In terminis, quibus quis non poteſt manumittere niſi data iuſta cauſa, (& matrimonij cauſa iuſta reputatur) nubendo libertatem tacitè confert, & tenet. ibidem.

Si mulier ſe proprio ſeruo iungat reſpectu matrimoniali, attento etiam iure ciuili, non punitur, immò validum erit matrimonium, tacitè conceſſa libertate; quod intellige, vt num. 16.

Si mulier ſe iungit ſeruo proprio occultè, & libidinis cauſa, quibus pœnis ſubiugetur. num. 17.

Explicatur l. vnica, C. de mulieribus, quæ ſe propr. ſeru. iunxerunt, ibidem.

Pœna d. l. vnica, C. de mulieribus non euitabitur, quamuis mulier dicat ſe velle nubere ſeruo proprio, vt poterat de iure ciuili conceſſa libertate, vel de iure canonico, & reprobatur Vigly ſententia, ibidem.

An noſter verſ. & multo potius, vt à nobis explicatus eſt, procedat etiam de iure canonico à n. 18.

Coniux liber, qui ſibi iungit in matrimonium ſeruum ſcienter habitum pro derelicto, attento iure canonico eundem retinet in matrimonio, & in poteſtate dominica, à n. 19. vide tamen omnino, nu. 27. cum ſequenti.

Non inconuenit quem eſſe filium, & ſeruum eiuſdem. num. 20.

Vxores antiquitus multis modis in poteſtatem maritorum tranſibant, ibidem.

Explicatur l. vnica, §. ſed & ſi quis, C. de Latin. libert. toll. num. 21.

Si quis ancillam habitam pro derelicta ſibi iungat in matrimonium, eamque in ſeruili conditione retinet, attento iure canonico, libera fiet per mortem mariti domini. nu. 22.

Si ſeruus nubat ſeruæ, quam ſcit habitam pro derelicta, illam domino ſuo acquirit. nu. 23.

Si perſona libera nubat ignoranter ſeruæ, non tenet matrimonium, nec de iure canonico. nu. 24.

Si verò ſeruus erat habitus pro derelicto, creditur iuris cenſura occupatus à coiuge libera per matrimonium, & ſtatim manumiſſus, etiam attento iure canonico, ibidem.

Quomodocumq; poſſit competere libertas ſeruo, cum quo ignoranter perſona libera contrahit matrimonium, illud validum eſt, & ſuſtinetur, ibidem.

Seruo ſeruæ ignoranter nubente, ſuſtinetur matrimonium. nu. 25.

Si ſeruus nubat ſeruæ habitæ pro derelicta, quod tamen ignorat, illam non domino acquirit, ſed adhuc primo occupantis fiet, ibidem.

Serua in concubinatu domini in conſtituta, ex qua dominus liberos ſuſtulit, poſt mortem domini cum ſobole exit, ſi aliter nõ eſt diſpoſitũ à domino, n. 26. qđ an apud Luſit. ſeruari debeat, vide ibid.

Explicatur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 92. in fine principij, ibi: Se per morte de ſeu pas fiquar forro, *an ſit correctoria iuris communis, ibidem.*

Si domina nubat ſeruo proprio, quidquid dicat iuris ſeueritas, æquitas tamen petit, vt liber ſtatim cenſeatur, quaſi tacitè conceſſa libertate. n. 27.

Et è conuerſo, ſi dominus nubat ancillæ propriæ, idem dicendum videtur, nu. 28.

CAPVT IX.

Ad Imp. Iuſtin. in Auth. de Nuptijs, §. ſi vero decretum, verſ. & multo potius, Collat. 4.

1 SCribit Cæſar. *Et multo potius hæc valeant, ſi contigerit dudum, ſeruum, aut ancillam, ſeu languentes dereliquiſſe, ſeu etiam contempſiſſe; aut etiam amiſiſſe ſuper dominio aduerſus eos voluntatem. Illi namque ipſo iure iam conſtituti liberi; ſecundum pro derelicto titulum ſui, & non aliorum exiſtentes, non in poſterum inquietabuntur ab his qui poſſidere eos olim odio habuerint.*

Singularis eſt iſte textus, & in eo conſtituit Imp. qđ ſi ille, illaue, qui cũ ancilla vel ſeruo cõ-

trahat

trahat matrimonium, quem, quamue dominus, vt languentem dimiſit, vel pro derelicto reiecit, rectè contrahit matrimonium, & liber conſtituitur. In quo innuit, per titulum pro derelicto, ſeruum liberum fieri, vt patet ibi: *Et ſecundum pro derelicto titulum, ſui, & non aliorum exiſtentes*, &c. in quo maximè refragatur l. 1. & l. vlt. ff. pro derelicto, vbi ex eo, quod occupanti acquiritur res habita pro derelicto, & indiget manumiſſione, vt in d. l. vlt. ſatis oſtenditur, liberã nõ conſtitui: nec .n. homo liber alterius aliqualiter fieri põt, l. vlt. C. de pſcript. quæ pro libert. §. ſed aliquando, Inſt. de vſucap. immo nec ſcienter poſſideri, l. cũ hæredes, §. vlt. ff. de acquir. poſſ. l. qui vniuerſas, §. 1. infra eod. tit. & notant vtrobiq; Doctores.

2 Ad propoſitam † difficultatem tollendam triplex extat gloſſatorum opinio, vt per Accurt. in noſtro verſ. & multo, verbo contempſiſſe. Prima eſt diſtinguentium inter languentes, & ualidos dimiſſos, vt ſcilicet languentes ſtatim ſui iuris fiant, l. ſcimus, §. ſed ſcimus, C. de Latina libertate toll. Luſitanus Cabedo, deciſ. 186. nu. 7. Non ita in ſecundis; immò occupari poſſunt à quouis, d. l. 1. ff. pro derelicto. Ab hac tamen diſtinctione recedere videtur gloſſa ibidem, dum vltimam, & diuerſam ſententiam veriorem dicit. Poteſt etiam contra hanc primam concordiam adduci, quod non ſatiſfacit noſtro verſ. & multo.

3 Secunda opinio † eſt, indiſtinctè tenentium hanc Auth. ſeruari, prout concedit libertatem ſeruo habito pro derelicto quamuis non langueat: ſic correcta d. l. 1. ff. pro derelicto. Horum etiam meminit gloſ. verbo, à Lucio, in l. vlt. ff. pro derelicto. Ceterum, hæc opinio ſuſtineri nequit, tum, quia leges non cenſentur in dubio emendatæ, l. pręcipimus, 32. verſ. vlt. C. de appellat. præcipuè in nouellis Conſtitutionibus, vbi Iuſtinianus, dum quid renouat, vel emendat, prolixioribus exordijs perpetuã iactantiam oſtentat, vt aliàs aduertit Vigl. in Rubr. Inſt. de inoff. teſt. n. 4. tum etiam, quia d. verſ. & multo, videtur innuere, id non per correctionẽ iuris antiqui, ſed potius ex diſpoſitione ipſius prouenire, vt patet ibi: *Et ſecundum pro derelicto titulum ſui, & non aliorum exiſtentes*, &c. ergo malè inducunt d. verſ. & multo.

4 Tertia, & † vltima opinio, quam ſequitur Accurt. hic, diſtinguit inter caſum, quo habitus pro derelicto ſe gerit pro libero, & tunc, inquit, procedit d. verſiculo, & multo; vel non ſe gerit pro libero, & tunc procedit (inquit gloſſ.) l. vlt. ff. pro derelicto, hoc eſt, habetur pro derelicto, & occupanti conceditur, vt aliàs tenuit Cabedo, d. deciſ. 186. n. 3. Verum hæc gloſſæ opinio deficit, & violat, dum ſupponit in hoc textu ſeruum ſe geſſiſſe pro libero, cum textus apertè decidat, quod non per longam geſtionem pro libero (vt aliàs requiritur in l. 2. C. de pręſcriptione longi temporis, quæ pro libert.) ſed ſtatim, & ſecundum pro derelicto titulum liber fiat. Et certè, ſi per longã pro libero geſtionẽ, ſeruus habitus pro derelicto libertatem conſequeretur, neutiquã talis libertas diceretur competere ratione tituli pro derelicto, vt volebat d. verſ. & multo, ſed potius præſcriptionis, vt vult apertè d. l. 2.

5 Vnde † his, & alijs omiſſis, verior reſolutio mihi videtur, quam ſupra primo loco retulimus, diſtinguens inter languentes, & ualidos, pro derelicto habitos: vt illi ſtatim, & ſimpliciter liberi fiant, d. l. vnica, §. ſed ſcimus, cuius deciſio limitatur in terminis l. ſed ſi damnum, §. ſiipſe, ff. de peculio, vbi gloſ. verb. effectum. At verò validi pro derelicto habiti, primo occupanti acquirantur. Quam ſententiam tenuerat ſibi contrarius, Accurt. in d. l. vlt. ff. pro derelicto, verbo, Lucio, & eandem ſequitur ibidem Iacobus Cuiacius.

6 Huic † tamen reſolutioni obſtat fortiter noſter uerſ. & multo, vbi in validis ſeruis derelictis videtur reſoluere, quod ſtatim fiunt liberi, vt ſupra notauimus. Dupliciter vero reſpondetur. Primò, d. verſ. & multo, loqui in languente, ſiue is dimittatur, ſiue habeatur pro derelicto, vt ſentit Bart. ibidem, ita, vt illud verbum (*languentes*) in principio poſitum, de quo ibi: *Seu languentes dereliquiſſe, ſeu contempſiſſe, aut etiam amiſiſſe ſuper dominio aduerſus eos voluntatem*, videantur influere in omnia verba ſequentia; vt ſit ſenſus, ſeu languentes dereliquiſſe, ſeu vt tales contempſiſſe, aut etiam aduerſus eoſdem languentes amiſiſſe ſuper dominio voluntatem. Quæ interpretatio violenta quidem non eſt, & tunc admittamus eos ipſo facto fieri liberos, iuxta d. l. unicam, §. ſed ſcimus, C. de Latina libert. toll.

7 Vel † ſecundò reſponderi poteſt, licet admittamus d. verſ. & multo, quoad titulum pro derelicto, loqui tantum de ſeruo valido, vt magis innuunt illa verba, ibi: *Aut etiam amiſiſſe ſuper dominio aduerſus eos voluntatem*, quo caſu, non languoris cauſa dimiſſos intelligit Imper. ſed potius eos, quos quis in numero rerum ſuarum habere nolit, & ob id pro derelicto habeat, vt ita ſecundũ modum oſtendat quo dominus ſeruorum ſuorum amittat dominium. Adhuc veriſſimè ſatisfacias, dummodo intelligas d. verſ. & multo, procedere iuxta pręcedẽtia, quatenus ſeruus habitus pro derelicto, liberæ perſonę matrimonio coniungitur, vt certè intelligi debet, & ita Bart. & reliqui interpretantur. In quibus terminis ſeruus habitus pro derelicto, liber permanet, quaſi libera perſona, cui matrimonio coniungitur, talem ſer-

uum iure dominii occupatum ex titulo pro derelicto, manumiſerit, vt facere poterat, iuxta d.l. vlt. ff. pro derelicto.

8 In quo ob fauorem † matrimonij duo ſpecialia confluunt. Primum, quod licet ad effectum, vt quis poſſit ſuum facere ſeruum habitum pro derelicto, requiratur ſcientia habitionis pro derelicto, l. 2. l. ſi id quod, 5. ff. pro derelicto, vt ita occupans poſſit libertate donare. In noſtris terminis fauore matrimonij, ſufficit, quod ſit habitus pro derelicto, & coniugatus, quamuis coniux huius ſerui habitionē pro derelicto ignoret. Quod probatur ex ſerie huius textus in præcedentibus, quibus æquiparat hunc caſum: conſtat autem in præcedētibus Imper. loqui de eo, qui ignoranter iungebatur ancillæ alienæ, quod ſi voluntate, vel malitia domini fiebat, ſtatim libera euadebat, matrimoniumque de iure ciuili ſubſiſtebat. Id multo fortius procedere docet Imper. in noſtro verſ. & multo. Atque ita ſupponit data eadem ignorantia, in tribus caſibus valere inter liberum, & ſeruam, ſcilicet, ex conſenſu domini, vel malitia, vel præcedenti habitione pro derelicto.

9 Secūdum † ſpeciale fauore matrimonij eſt, quod licet ad effectum, vt ſeruus habitus pro derelicto, & occupatus libertatem conſequatur, requiratur, quod expreſsè manumittatur ab occupante, l. vlt. ff. pro derelicto, in noſtro tamen verſ. & multo, non requiritur talis expreſſa manumiſſio ex parte mariti liberi, vel vxoris. Quod probatur: quia textus decidit, ſtatim liberum fieri: & tamen iuxta ſupra dicta, loquitur de marito, vel vxore liberæ conditionis, ignorantibus ſeruilem conditionem coniugis, ergo non requiritur expreſſa manumiſſio.

10 Facit in † ſimili l. 2. verſ. vlt. iuncta gloſſa, verbo, pertimeſcere, & l. ſi is qui, 13. C. de captiuis, vbi etiam gloſ. verbo, tibi remiſſo, & vtrobique Bald. & Doctores, dum decidunt mulierem ab hoſtibus redemptam, (quæ interim dum pretium redemptionis non ſoluit, eſt in poteſtate redimentis l. qui teſtamento, 20. §. 1. ff. de teſtamentis) ſi matrimonio redimētis copuletur, eo ipſo libera omnino fit à tali nexu, quaſi tacitè remiſſo.

11 Ratio † prædictorum eſt: quia cum attento iure Romanorum, cum ſeruis matrimoniū intelligi nequiret, d. §. ſi vero decretum, ibi: *Sed ipſo initio matrimonium non fieri ſecundum prius à nobis dictam cauſam, propter inæqualitatis fortunam*, &c. ibidem notat Bart. & Doctores, probatur etiam in l. 3. C. de inceſtis, & inutilibus nupt. I.c. Paul. lib. 5. Sententiarum, tit. 20. verſ. inter ſeruos, vbi Cuiacius, notat gloſ. verbo, ciues Romani, vbi ſequuntur omnes, in princip. Inſt. de Nuptijs latè comprobat Luſitanus Caldas, in l. 3. verbo, ſine curatore, nu. 92. C. de in integr. reſtit. minorum Alciat. lib. 3. Peregr. ca. 16. vnde qui iungebatur ſeruili, vel quaſi ſeruili perſonæ, potens illi libertatem elargiri, elargitus credebatur fauore matrimonij, & iuſtæ ſubolis, d. l. ſi is qui, ibi: *Dignitate nuptiorum, & voto futuræ iuſtæ ſobolis*, &c. Quemadmodum etiam vt matrimonium poſſit ſubſiſtere, libertas data cenſetur à vero domino, cuius voluntate vel malitia, ſerua, vel ſeruus, libero, vel liberæ, ignorantibus coniungitur in matrimonium, iuxta d. §. ſi vero decretum, verſ. hoc autem, cum ſequenti.

12 Adhuc † tandem prædictis obſtare videtur noſter verſ. & multa, ibi: *Secundum pro derelicto titulum, ſui, & non aliorum exiſtentis*, &c. vbi ad ſolam qualitatem tituli pro derelicto, videtur Imper. referre libertatem competentem ſeruo valido dimiſſo. Verum reſpondetur ex dictis Imp. decidiſſe: nam cum per matrimonium ſeruus, vel ancilla eſſet à coniuge libero, quaſi occupata per matrimonium, nec requireretur expreſſa manumiſſio, ad effectum, vt ſeruilis conditionis coniux libertatem conſequeretur, idque ob fauorem matrimonij, vt potuiſſet ſubſiſtere, & liberis hominibus repleretur ciuitas, l. 1. ff. ſoluto matrim. merito inquit Imper. hoc totum originaliter prouenire ex titulo pro derelictò, mediante quo, etiam ignoranti coniugi libero coniux ſeruus acquiritur, & tacitè manumiſſus intelligitur.

13 Ex † dictis colligitur, quod attento iure Romanorum, ſi quis propriam ſeruam in matrimonium ſibi iunxiſſet, eo ipſo libertatem concedere videretur, argumēto noſtri verſ. & multo, vbi vt ſuſtineatur matrimoniū, quod cōſtat partes celebrare velle, inducitur tacita quædā manumiſſio in ſeruo, quaſi occupato à cōiuge & eiuſdem facto ex tit. pro derelicto; magis in ſpecie eſt text. in d. l. ſi is qui, 13. C. de captiuis.

14 Nec † obſtat primò l. vlt. C. communia de manumiſs. vbi ancilla ex eo, quod ſit in concubinatu domini, non eripitur in libertatē in vita domini: id enim prouenit, quia concubinatus cum ſerua propria haberi poterat, vt patet ex d. l. vlt. bonus textus, in l. penult. vbi notat gloſſa, ff. de priuileg. credit. l. deniq; , 8. ff. de pignoribus, notat gloſ. verbo, ingenua, quā Doctores ſequuntur, in l. 3. ff. de concubinis. Vnde nihil erat, quod neceſſariò induceret tacitam libertatis dationem: nec enim ſola domini affectio id operari poterat, licet alios inferiores effectus produceret, nimirum, vt talis ancilla poſt domini mortem libera euaderet, vt inferius latius notabimus: itidem ſi erat liberta, non poterat dominus ab illa operas promi-

promiſſas, aut debitas exigere, l. liberta ſi in concubinata, ff. de operis libertorum. At ſi ancilla non quidem in concubinatu, ſed in matrimonio domini moraretur, eo ipſo libertatem conſequeretur; quia legitimum coniugium cum ſerua haberi non poterat, ut diximus.

15 Non obſtat † tandem §. eadem, Inſt. quibus ex cauſis manum. ibi: *Aut ancillam matrimonij cauſa*, &c. vbi in domino minore 20. annis requiritur realis, ac expreſſa manumiſſio propriæ ancillæ, cum qua vult copulari: immò & cauſa talis proponi debet apud conſiliũ, nec id ad ætatem referendum eſt, cum in copulandis nuptijs, eius tantum ſpectetur voluntas, de cuius coniunctione agitur, non verò curatoris, aut cognatorum, l. in copulandis, 8. C. de nuptijs. Verum reſpondetur, id quidem prouenire, quia minor 20. annis non coniungebat ſtatim ſibi ancillam in vxorem, (id enim ſi feciſſet, eo ipſo libertas competeret) ſed potius illam prius manumittere volebat: ne aut manumiſſio impediretur, vtpote à minore 20. annis facta, propter prohibitionem legis Æliæ Sentiæ, cauſa illa futuri matrimonij proponebatur apud conſilium, quæ iuſta reputabatur: ob id ad libertatem conſequendam opus erat expreſſa illa manumiſſione, cum in ea prius menſura eſſet, quam ad matrimonium perueniret. Et quod hoc totum proficiſcatur ex eo, quod antea concedatur libertas, quam matrimonium ſubſequatur, exinde patet, quod tenebatur minor ille manumiſſor promittere ſe intra ſex menſes in vxorem ducere, ut ibidem probatur; immò, & ſuper hoc iuſiurandum præſtare apud conſilium, l. ſi collactaneus, &c. uerſ. vlt. ff. de manumiſſ. vindic. ne ſcilicet in fraudem legis manumiſſio facta maneret, ſimulata cauſa; ergo manifeſtè probatur, hoc totum procedere ex eo, quod libertas prius danda erat, quam matrimonium contraheretur. Si autem minor dominus ſibi voluiſſet ſtatim ancillam iungere, ſtatim quoque libertas tacitè competeret, quam ſicut lex Ælia Sentia probat, & conferri permittit ob futurum matrimonium, ita & tacitè collatam confirmabit, ob iam contractum, quod vt teneret, de iure ciuili æqualitatem fortunæ habere debebat. Vnde illud deduco, quod attento eodem iure, in terminis, in quibus quis poteſt giuſta cauſa manumitere, (& giuſta cauſa matrimonij reputatur) nubendo propriæ ancillæ, libertatem illi tacitè conferre tenetur, & tacitè collata omninò valida erit.

16 Quid † autem ſi è conuerſo, mulier proprio ſeruo ſe iungat, & quidem ſi conſtat apertè in maritum eſſe cooptatum, puto etiam matrimonium tenere, & dominam eſſe extra legis pęnam, & libertatem tacitè ſeruo competere de iure ciuili, quod recipietur in terminis l. ſi patrona, 13. ff. de ritu nuptiarum aliàs verò minimè, iuxta l. 3. C. de Nuptijs.

17 Si verò † coniunctio dominę cum ſeruo occulta fecerit, & libidinis cauſa, vt præſumitur, tunc mulier ſubiugabitur pęnis, quas edidit Conſtantinus Imperator, in l. vnica, C. de mulieribus, quæ ſe proprijs ſeruis iunxerunt; & quod conſtitutio loquatur in coniunctione illicita, patet ibi: *Si qua cũ ſeruo ſuo occultè rem habere detegitur*, &c. propterea autem dicitur (*occultè*) quia eo ipſo, quod occultè iungebantur, oſtenditur animus luxuriãdi potius, quam nubendi, vt in ſimili eleganter docet l. conſ. Paul. in l. vlt. ff. de ritu nupt. vbi grauius punitur clandeſtinus inceſtus, quam publicus: ſi tamen etiam palam rem haberent, eadem pœna punirentur, vt ibidem ponit gloſ. prima, dummodo non conſtitiſſet licitè miſceri, quod palam facto præſumeretur, cum apud Romanos ſolus contrahentium conſenſus requireretur ad nuptias, l. in copulandis, C. de Nupt. & ne delictum in dubio præſumamus, contra regulam l. nec adiecit, ff. pro ſocio. Adhuc tamen partes hæc præſumptio non releuabit ab onere probandi, propter regulam l. nuptias, non concubitus, ſed conſenſus facit, ff. de regulis iuris, iuncta gloſſa. Illud itaque operabitur actus, quo mulier proprio ſeruo palam miſcetur, vt nimirum admittatur ad probandum legitimum matrimonium pręuio conſenſu, ex quo per antecedens neceſſariũ libertatis datio tacitè inducebatur. Quod non ita reciperetur, ſi occultè rem habuiſſe detegeretur: & ob id non ſine myſterio Imp. appoſuit verbum (*occultè*) quidquid gloſſa prima ibidem dicat, id curialiter potius dictum, quam neceſſariò. Nec in hoc caſu proficiet mulieri dicere ſe ſuo ſeruo nubere velle; cum pœna Conſtantini ob facinus perpetratum imponatur, ad quam euitandam talis allegatio fiebat. Itidem ne hoc ſubterfugio lex fraudaretur omninò, & mulieres liberè in ſua corpora peccarent; quidquid in terminis contradicat Viglius in §. eſt tamen caſus, numero 2. Inſtit. de hæredibus inſtit. Quamuis ego coniugium inter tales perſonarum etiam de iure ciuili admittam, modo ſupra poſito; Qua ſententia apud Luſitanos in ſimili comprobatur, ex Ordin. lib. 5. titulo 24. vbi pœna vltimi ſupplicij imponitur ei, qui rem habet cum conſanguinea, vel affini, aut famula eius, cum quo locatis operis ſuis degit, quamuis dicat, & probet ſe duxiſſe illam in coniugem cum qua rem habuit. facit in ſimili alia Ordin. Luſitana, eodem lib. 5. tit. 27. §. vltimo.

18 Illud † autem ad pleniorem exornationem noſtri verſ. & multo, quæri poteſt, an procedat etiam de iure canonico, ſuppoſita noſtra interpretatione? Ratio dubitandi eſt; quia eo attento, tenet matrimonium cum ſeruis, cap. 1. de coniugio ſeruorum, & in eleganti quæſtione circa communicationem bonorum ſupponit Luſitanus, Cabedo, deciſ. 150. tomo 1. Vigl. in d. §. eſt tamen, num. 2.

In qua quæſtione duos caſus diſtinguendos reor. Primus caſus eſt, quando coniux liber ſciebat alterum coniugem eſſe ſeruum, habitum pro derelicto. Secundus caſus, quando ignorabat.

19 In Primo † caſu tenet matrimonium, iuxta d. cap. 1. de coniugio ſeruor. & coniunx ſeruus interim dum a coniuge libero non manumittitur, manet in eius dominio, ex l. 1. ff. pro derelicto. Facit d. l. vlt. C. communia de manumiſs. ducto argumento à concubinatu, de quo ibi, & iunctis ijs, quæ ſupra ad ipſam notauimus.

Nec tunc obſtabit textus in noſtro verſ. & multo, vt ſupra explicatus; Ratio eſt: quia cum matrimonium ſuſtineatur cum ſeruis, d. cap. 1. ceſſat neceſſitas tacitè inducendę libertatis; quæ tamen ob rigorem iuris ciuilis non ceſſabat in terminis noſtri textus; vnde in his terminis poterit liber coniux libertatem concedere coniugi ſeruo, vel aliàs iure dominij poſſidere.

20 Nec † abſurdum videbitur, quod eadem maneat coniux, & ſerua coniugis: quia etiam non inconuenit, quem eſſe filium, & ſeruum patris, l. vlt. ff. pro derelicto, d. l. vlt. C. communia de manumiſs. notat gloſſa, verbo, patrem, in §. eadem, Inſt. quibus ex cauſis manumitt. Luſitanus Gama, deciſ. 86. nu. 1. Ord. Luſitana lib. 4. tit. 92. in fine principij. Cum etiam attento antiquo & antiquato iure ciuili, vxores in poteſtate maritorum eſſent, ſi v. g. in manum conueniſſent, vt tradit Vlp. in fragmentis, tit. 9. explicat Duarenus, in tit. ff. ſoluto matrimonio. cap. de nuptijs, in princip. & non ſolum in mariti manum, mancipiumque, ſed in eius, in cuius maritus manu, mancipioque eſſet, tranſibant, vt refert Gellius, lib. 18. Noct. Atticar. cap. 6. ad finē, & ita eidem fiebant ſuæ hæredis, vt teſtatur idem Vlp. in fragm. tit. 22. qui hæredes inſtitui, verſ. ſui, ibi: *Et nurus, quæ in manu eſt filij, quem in poteſtate habemus*, &c. meminit etiā Gellius vbi proximè. Dionyſ. Halicarnaſſæus, lib. 2. antiquit. Romanar. ante med. faciunt alia Vlp. loca in fragm. tit. 23. §. 1. & tit. 29. in principio. In mariti quoque poteſtatem quodamodo dominicam tranſibant vxores, coemptione ſcilicet (qui erat alia nubendi lex) vt videre eſt apud Calepinum, verbo, coemptio, & reliquos verborum expoſitores; Hucq; ſpectat illud Ciceron. in orat. pro Flacco. ibi: *In manum conuenerat, ſed quæro, vſu, an coemptione?* &c. de his tamen alibi latius.

21 Supradictis † obſtat textus in l. vnica, §. ſed & ſi quis, C. de Latina libert. toll. & noſtram Auth. in d. §. ſi vero decretum, per totum, in quibus iuribus probatur, quod ſi maritus liber eſt, ſtatim coniux ancilla fit libera; vel conſenſu domini, vel malitia illi copulata eſt, aut tandem habitione pro derelicto præcedenti.

Verum reſpondetur, id procedere ex neceſſitate ciuili, quia aliàs ea attenta, matrimonium fieri non poterat cum ſerua, d. §. ſi vero decretum, & ſuperius comprobauimus. At de iure canonico ſuſtinetur d. cap. 1. de coniugio ſeruor. ſecundum quod, ceſſante prædicta neceſſitate, ceſſare etiam videbatur prædicta legalis, vel interpretata libertatis datio. Vnde venit reprobandus Viglius, in d. §. eſt tamen caſus, nu. 2. Inſt. de hæred. inſtit. dum argumento d. §. ſed & ſi quis, opinabatur etiam attento iure canonico libertatem tacitè competituram in terminis d. §. eſt tamen caſus: nam fundamentum, cui innititur, nimium fallax eſt; de opinione tamen infra latius agemus.

22 Quamuis autem † dum ita viuit coniux habitus pro derelicto, fiat ſeruus coniugis occupantis, ſi tamen maritus liber prædecedat ſuperſtite vxore ſerua; in libertatem ipſo iure eripietur, argumento à fortiori textus in d. l. vlt. C. communia de manumiſs.

Illud tamen diſcriminis eſt in noſtro caſu, & caſu d. l. vlt. C. comm. de manumiſ. quod in hoc liberum eſt domino vendere, & quomodocunque alienare propriam ancillam, quam habebat, vt concubinam. At in illo, quo matrimonium conſtare dicimus, neutiquam marito libero, & domino tale quid permittetur, propter indiuiduam vitæ conſuetudinem, iuxta princip. verſ. nuptiæ, Inſt. de patria poteſt. atque ſerua coniux liberæ loco habebitur, quoad ea, quę coniugum inter ſe ſunt. in eoque adhuc dominij effectus manebunt, quod per talem coniugem ſeruam acquiſita in ſolidum erunt mariti domini, nulloque modo, vel diuidentur inter ipſos, vel ad ancillam pertinere poterunt; Nec ex parte mariti domini communicatio bonorum fiet dictæ ancillę, quę aliàs apud Luſitanos fieri ſolet, ex Ord. lib. 4 tit. 48: quia ancillæ communicata, ratione dominicæ poteſtatis in dominum coniugem refluerent, argumento l. placet, ff. de acquir. hæred. §. item nobis, Inſt. per quas perſon. nobis acquir. Faciunt in ſimili, quæ alias

aliàs tradit Luſitanus Cabedo, d. deciſ. 150. per totam.

23 In ſuprapoſito † primo caſu, ſi ſeruus etiam contrahat matrimonium cũ ſerua, quam ſcit habitam pro derelicto, valet matrimonium de iure canonico, iuxta d. cap. 1. de coniugio ſeruorum; & ſerua habita pro derelicta, acquiritur domino ſerui coniugis, qui per matrimonium illam quaſi occupaſſe viſus erat; & ita erit caſus notabilis, in quo etiam hodie poteſt ſeruus ſibi iure matrimonij coniunctam ancillam domino ſuo acquirere; cum illam occupet ex titulo pro derelicto, & ſtatim debeat ex diſpoſitione iuris in dominum traducere, d. l. placet, d. §. item nobis, quod olim etiam in libera muliere, quæ ſeruili amore bacchata ſe alieno ſeruo iungebat, Senatus conſulto Claudiano ſtatutum erat, cuius meminit Imper. in §. vlt. Inſt. de ſucceſs. ſublatis, vbi eleganter Hiſpanus Pichardo, quod quidem ſublatum eſt ex l. vnica, C. de S. conſulto Claud. tollendo.

24 Quod verò † attinet ad ſecundum caſum, quo maritus liber ignorabat vxorem eſſe ſeruam, habitam pro derelicta, reſoluendum videtur quod (cum etiam de iure canonico ignorantia conditionis ſeruilis in altero ex coniugibus matrimonium fieri non ſinat, cap. 2. in fine, & cap. vlt. de coniug. ſeruorum) fauor matrimonij, & ſimul libertatis euincet, vt in eo procedat diſpoſitio noſtri verſ. & multo, vt ſupra explicaui, iuncto argumento textus, in cap. 3. ad finem, de coniugio ſeruorum, vbi matrimonium cum ſeruo vxore libera ignorãte, non tenebat: ſi tamen aliquo modo de iure libertas poterat competere, tempore, quo matrimonium intenditur diſſolui, tunc ſuſtinetur matrimonium, & libertas; & in noſtris terminis facilius ſuſtinebitur, quia cum ex ſimplici voluntate coniugis liberi libertas omninò poſſit competere, fauore matrimonij, & libertatis cenſebitur competiſſe, iuxta ſupradicta.

25 Si verò † ſeruus ignoranter contrahat matrimonium cum ancilla habita pro derelicta, vel è conuerſo, ſuſtinebitur quidem coniugiũ, à ceſſante ratione d. cap. 2. ad finem, & cap. vlt. de coniugio ſeruorum, quia non præſumitur alter alterius abhorrere ſeruilem conditionem, quam ipſe habet, & ſeruus habitus pro derelicto, poterit adhuc à quouis ſcienter occupari, iuxta l. 1. ff. pro derelicto.

Nec obſtat, quod ſupra diximus, ſeruum, qui ſibi in coniugem duxerat ancillam habitam pro derelicta, eandem domino acquirere: nam id procedebat in ſeruo ſciente conditionem coniugis habitæ pro derelicta, quod omnino requiritur, vt quis ſibi, vel alij acquirat, id, quod pro derelicto habitum eſt, iuxta l. 2. l. ſi id quod, 5. ff. pro derelicto. Nec etiam poterit in hunc caſum ſerpere interpretatio noſtri verſ. & multo, quam ſupra poſuimus: quia inter ſeruos matrimonium valet, quin ad libertatem perueniant.

26 Illud † hic etiam notabis, quod attento recentiori iure ciuili, ſi dominus ſine vxore conſtitutus ancillam habeat ſub nomine concubinæ, (ſeruam enim quatenus talem, nunquam apud Romanos licuit in vxorem habere, iuxta ſupra dicta) de eaque interim dum viuit, nihil diſponat, (in eiuſdem enim poteſtate domini ea manet) poſt mortem domini in libertatẽ eripietur ipſa, & ſoboles progenita, vt nouè conſtituit Iuſtinianus in d. l. vlt. ad finem, C. communia de manumiſs. Caccialup. in l. ſi qua illuſtris, nu. 8. C. ad S. c. Orficianum, quæ vt locum habeant, duo copulatiuè requiruntur, vt patet ex dictis, nimirum eſſe ancillam propriam, & in concubinatu domini, notat Luſitanus Gama, deciſ. 86. nu. 1. Quæ tamen conſtitutio non ſeruabitur apud Luſitanos, propter Ord. lib. 4. tit. 92. in fine princip. vbi requiritur manumiſſio domini, ad effectum, vt eiuſdem filij habiti ex propria ancilla, liberi maneant, & poſſint ſuccedere. Vnde à fortiori ſupponitur, ancillam in eadem ſeruitute manſiſſe, niſi etiam manumittatur; cum affectio ſit fortior in filios, quam in concubinam; quæ ſi tacitè non extorſit libertatẽ in filios, multo minus in ancillam; Vnde colligitur d. Ord. Luſitanam eſſe correctoriam iuris communis, dum inquit: *Si por morte de ſeu pay fiquai forro*, id eſt, ſi morte patris manſerit manumiſſus. Quod tamen intellige, niſi prædicta verba ad ius potius referamus, quam ad factum: ita vt manumiſſum cum intelligamus, dum aliter non eſt de eo diſpoſitum à patre, iuxta d. l. vlt. quo caſu Ord. Luſitana cõformis erit iuri communi: & tunc illius etiam obtinebit quoad libertatem ancillæ. Quod dubito, an recipiatur, propter relata verba, quæ magis ſonant in factum, vt ſcilicet requiratur ſpecialis patris manumiſſio, vt innuit Luſitanus Gama deciſ. 86. nu. 1. quamuis dictis duobus requiſitis concurrentibus filium liberum effici ſola morte patris ſentiat. d. nu. 1. prope finem.

27 Pro coronide † aduertendum duxi, quod licet ſupradicta ita de rigore iuris procedant, attenta diſpoſitione canonica, qua matrimonium conſtat cum perſona ſeruilis conditionis, puto tamen, & æquiſſimum eſt, quod ſi dominus nubat propriæ ancillæ, vel è contra, eo ipſo cenſeatur libertatem elargiri; Et quod attinet ad dominam nubentem ſeruo proprio; cum maritus caput ſit vxoris, & cui

vxor

Digitized by Google

vxor tenetur obedire, cur admittemus maritum ſeruum, & dominam vxorem. quo maritalis poteſtas infringetur, itidem, & maritus acquiret vxori, cum ipſe aliàs rerum vxoris ſit dominus, l. doce ancillam, C. de rei vendicat. quæ, & alia ſimilia ſuadent, ne maritus ſeruus maneat, quando domina eidem vxor eſt; quibus fundamentis ſuſtineri poteſt ſententia Viglij, ita reſoluentis cum hæſitatione, in §. eſt tamen caſus, nu. 2. Inſt. de hæredibus inſtit. vbi tamen mouebatur quadam fallibili ſimilitudinis ratione, vt ſupra aduertimus.

28 E † conuerſo quoque dominus, qui proprię ancillæ coniungitur, illi libertatem præſumitur elargiri, etiam attento iure canonico, quo matrimonium cum ſerua ſuſtinetur: nam maritus vxorem tractare debet vt ſociam, l. aduerſus, 4. C. de crimine expilatæ hæredit. non vero habere vt ſeruam. Deinde præſumetur prolem velle procreare legitimam, argumento l. ſi is qui, 13. C. de captiuis, & conſequenter ſucceſſibilem, cum liberis parentes bona coaceruent, l. cum ratio, ff. de bonis damnatorum. Item maritus, & vxor vna caro cenſentur, vt atteſtantur ſacræ literæ, & probat textus in cap. debitum, de bigamis, cap. 1. de coniugio leproſorum.

SVMMARIVM.

Late diſputatur, vtr. coniuges, aut quilibet alij duo poſſint ſe inuicem in eadem charta ſcribere hæredes? à nu. 1. per tot.

Doctores, qui tenuerunt partem negatiuam, referuntur. d. nu. 1.

Recenſentur fundamenta, quibus ſuadetur, non poſſe duos in eadem charta teſtari. à nu. 2.

In teſtamentis nihil ſuperfluum debet interponi. d. num. 2. intellige omninò, vt nu. 19.

Teſtamentum vno contextu fieri debet. nu. 3. intelligi omninò, vt nu. 18.

Quomodo poſſint contractus miſceri teſtamento. d. num. 3.

Videtur inconueniens, quod tabulæ teſtamenti viuo teſtatore publicentur. nu. 4. vide omninò numero 20.

Speciali eſt in teſtamento paterno, & pupillari ſimul, vt vnica ſolennitas tantum ſufficiat. numero 5.

Duorum ſimul teſtamenta non poſſunt fieri eadem ſolennitate. ibidem. & vide omninò à numero 21.

Fraudes poſſunt ſuboriri ex duorum teſtamentorum coniunctione. à nu. 6. & nu. 25.

In reciproca inſtitutione ſuperſtitis mutatio non fraudulenta, ſed neceſſaria eſt. nu. 7.

Poteſtas variandi teſtamenta non excludit fraudis rationem, nu. 8. & nu. 25.

Fraus ex partium mente, vel verbis, vel arte verborum colligitur. d. nu. 8.

Fraus in actibus mutabilibus clarius cernitur. ibidem.

Fraus, & fides in eadem materia verſantur. ibidem.

Explicatur l. cum donationis, 34. C. de tranſactionibus. num. 9.

In perſiſtentia facti teſtamenti cernitur conſtantia laudabilis, quam iuuant leges. Ibidem.

Quamuis liceat mutare teſtamentum, non tamen licet à principio ſimulare. nu. 10.

Conuentio, & modus, quo inſidiari poteſt vitæ alterius, reprobatus eſt. nu. 11.

In reciproca inſtitutione videtur ſubeſſe captatoria voluntas, quæ improbata eſt; num. 12. vide omninò. num. 42.

An inter paganos valeat ſcriptura, qua continetur, vt qui ſuperuixerit alterius rebus potiatur; nu. 13. vide etiam à nu. 43. & nu. 61.

Referuntur, qui tenuerunt, poſſe duos in eadem charta teſtari. nu. 14.

Referuntur, qui tenuerunt poſſe coniuges in eadem charta inuicem hæredes ſcribi. nu. 15.

Referuntur, qui generaliter tenuerunt, poſſe quoſuis duos ſe inuicem in eadem charta hæredes inſtituere. nu. 16

Duo bene poſſunt in eadem charta teſtari à numero 17.

Explicatur §. ſed cum paulatim, ibi: Vno contextu, *Inſt. de teſtam. ordinand. nu. 18.*

Declaratur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 80. §. 1. ibi: O entragarà ao tabelliano per ante ſinco teſtemunhas. *ibidem.*

Explicatur l. cum antiquitas, 28. C. de teſtamentis. num. 19.

Non eſt inconueniens in iure, quod alterum ex duobus teſtamentis ſimul conditis publicetur altero teſtatore ſuperſtite: & quomodo id præcaueri poſſit. nu. 20.

Vna ſolennitas iteratò rogata, duplex eſt ex iuris cenſura. n. 21.

Solennitas, quæ à teſtatore proficiſcitur, ſemper ab ipſo adimpleri debet; aut per eum, quem ius ſuppleuerit. nu. 22.

Quando teſtator neſcit ſcibere, teſtes nomen hæredes ſuis ſubſcriptionibus declarare debent: vel per alterius perſonam teſtator ſcribi iubebit. ibidem.

Declaratur Ord. Luſitana, lib. 4. d. tit. 80 §. 1. dum loquitur de teſtatore, qui literas neſcit. ibidem.

Apud Luſitanos omninò requiritur ad validitem teſtamenti, vt quilibet teſtator tradat ſua manu teſtamentum tabellioni; & eidem interroganti, an ſit illud ſuum teſtamentum, reſpondeat ſuum eſſe. nu. 23.

Quod declaratur non procedere, quando teſtamen-

tum

Digitized by Google

tum ſine tabellione fit. nu. 24.

Fraus, quæ dabilis eſt in duorum coniunctis teſtamentis, non tollit, quo minus fieri ſimul poſſint. num. 25.

Quando alicuius dolo tertius hæres inſtituitur, ab illo per fiſcum auſertur hæreditas, tanquam ab indigno. nu. 26. & punietur doloſus: & quomodo. ibidem.

Quando ſine dolo, ſed vnanimi conuentione duo inſtituunt tertium; poteſt alteruter teſtamentum, & inſtitutionem reuocare: & ab hærede inſtituto, qui alteri ſucceſſit; ſi deſtitutus appareat voluntate defuncti, quod vtriuſque hæreditatem non ſit conſequutus; fiſcus auferet. nu. 27.

Fiſcus ſine dubio auferet, quando teſtator cum ea præfatione inſtitnit aliquem, quod ſimul ab alio inſtituatur. num. 28.

Qui pronocatus inſtitutione ab altero facta in aliquo tertio, eundem inſtitnit, inſtitutus hæreditatem cum effectu regulariter conſequetur; quamuis poſtea alter ex teſtatoribus mutet teſtamentum, & inſtitutionem. nu. 29.

Si duo ſimul teſtantes alicui coniunctim legauerint, aliter non legaturi, idque ex verbis teſtamenti conſtet: altero adimente pro ſua parte: alter etiam cenſetur ademiſſe: & repetitio hæredi competet. nu. 31.

Quod ex quibuscunque verbis teſtamenti colligitur ademptum, cenſetur ademptum ex teſtamento: & qui effectus inde reſultet. ibidem.

Quod tacitè adimitur, non ex verbis teſtamenti, parit tantum hæredi exceptionem. nu. 32.

Si poſt mortem teſtatoris aliquid contra ipſum fiat, quod ſi antea ſciuiſſet, legaturus non foret, tacitè ademiſſe cenſetur. ibidem. quod tamen notabiliter declara. ibidem ad finem.

Si duo ſimul conſtituant maioratum, vel fideicommiſſum perpetuum in teſtamento, aliàs non conſtituturi ſeorſim: altero mutante conſtitutionem, etiam pro parte alterius bona auocabuntur. num. 33. hæc autem ablatio vel proderit hæredi, vel fiſco, pront termini ademptionis poſtulauerint. ibidem.

Ponitur caſus in qno non ſit reuocandus maioratus, vel fideicommiſſum perpetuum ab altero conſtitutum, ſi alter pro ſua parte reuocet. numero 34.

Quid dicendum, quando in eodem hærede maioratus, vel fideicommiſſum perpetuum conſtitutum fuerit; & conſtitutio facta deſtrui debet, ob mutationem alterius ex ſimul conſtituentibus. num. 35.

Non ſolum duo, ſed plures in eadem charta teſtari poſſunt. nu. 37.

In nuncupatiuo teſtamento nunquam fuit dubium, plures poſſe in eadem tabellionis charta teſtari. num. 38.

Coniugum teſtamenta facilius in eadem charta fieri poſſunt, quam qnælibet alia duo. nu. 39.

Coniuges ſe inuicem in eadem charta hæredes ſcribere poſſunt. à nu. 40.

Coniugibus licet blanditys, & mollibus verbis animum alterius coniugis pronocare ad inſtitutionem, vel alia relicta. ibidem.

Suſpicio captandæ mortis alterius ceſſat in coniugibus: & vbi præſumitur mutuus amor nu. 41. & num. 59.

Explicatur l. captatorias, 70. ff. de hæred. inſtit. numero 42.

Latè, & eleganter explicatur l. licet inter priuatos, C. de pactis, à num. 43. cum ſequentibus. & numero 61.

Pactum futuræ ſucceſſionis, etiam inter milites reprobatur. à nu. 43.

In militibus datur maior audacia, & occaſio inſidiandi vitæ alterius. ibidem.

Reprobantur multorum interpretationes ad d. l. licet. num. 44.

Vltima voluntas in genere non, datur in d. l. licet, nec dabilis eſt. nu. 45.

Conuentio d. l. licet. non reprobatur inter priuatos, quaſi contra bonos meres ſit, ſed tantum dicitur, qnod vltima voluntas eſſe neqneat. nu. 46.

Conuentio d. l. licet, inter milites verum efficit teſtamentnm. nu. 47.

Reprobatur Decius, dum putabat conuentionem d. l. licet, inter milites inducere donationem cauſa mortis. num. 48.

Conuentio d. l. licet, valet vt donatio cauſa mortis inter priuatos. num. 49.

Quid neceſſario deducatur ex d. l. licet, nu. 50.

An poſſit alter ex coniugibus ſimul teſtantibus, vtramque inſtitutionem reciprocè factam ſcribere. à num. 51.

Explicatur l. quod autem, §. ſi vir, & vxor, ff. de donationibus inter virum, & uxor. nu. 52.

Quamuis altera ex dictis inſtitutionibus, quam vnus ex coningibus pro altero facit, non teneat, valet tamen, quam ipſe in altero facit. nu. 53.

Quando coniux, qui ſibi inſtitntionem adſcripſit, ſucceſſurus eſt ab inteſtato alteri coningi, quam reciprocè inſtituerat, vtraque inſtitntio ſuſtinetur. nu. 54.

Subſcriptio, vel qualibet alia recognitio teſtatoris, validam efficit inſtitutionem, vel legatum, qnod quis ſibi adſcribit. nu. 55.

Quamuis non valeat inſtitutio, qnam vnus ex coningibus ſibi adſcripſit, non tamen incidit adſcribens in pœnas Senatusconſulti Liboniani, ſi reciprocè alternm inſtituit. nu. 56.

Quilibet duo indiſcretè, & indiſtinctè, non poſſunt ſe inuicem in eadem charta ſcribere hæredes. nu. 57.

Si tamen ſint ſanguinis, vel amicitiæ vinculo coninncti, benè pcterunt. nu. 58.

CA-

CAPVT X.

Vtrum coniuges, aut quilibet alij duo, ſe inuicem poſsint in vna, eademque charta ſcribere hæredes?

1 TRiuialis † quæſtio eſt, verum controuerſa, & quę indiget altiori indagine, quam a Doctoribus exiſtimetur.

Et pro parte, quæ negat adſunt ſubtiliſſimi iuris interpretes Viglius in §. ſed & vnum, nu. 3. Inſt. de teſtamentis, & in §. igitur, nu. 2. Inſt. de pupillari. (quem pro contraria inaduertenter retulit doctiſſimus Peregr. tract. de fideicom. Art. 33. nu. 62. inſuper & locum corruptè citauit, nam pro §. pluribus, dicere debebat §. ſed & vnum, Inſt. de teſtam.) Sarmiento præſul Illuſtriſs. lib. 2. ſelect. cap. 4. nu. 3

Et in primis, rem altius repetendo, facit
2 pro hac ſententia; quia † videtur hæc coniunctio teſtamentorum (vt inquit Viglius) ſubtiliſſimam illorum cauſam corrumpere, iuxta l. cum antiquitas, 28. C. de teſtament. ibi: *Nullo actu interueniente*, &c. & ibi: *Ea quidem, quæ minimè neceſsaria ſunt, nullo procedere modo: quippè cauſa ſubtiliſsima propoſita, ea quæ ſuperflua ſunt, minimè debent intercedere*; &c. iuncta gloſſa, verbo, ſuperflua, vbi oſtenditur, quidquid facti intercedit in teſtamento, quod ad illud neceſſarium non eſt, vel non conducit, id omne corrumpere cauſam teſtamenti. Quis autem non dicet alterutrum ex duobus teſtamentis ſimul coniunctis, eſſe omninò ſuperfluum reſpectu alterius.

3 Facit † etiam l. hæredes palam, §. vlt. ff. de teſtament. §. ſed cum paulatim, Inſt. eodem tit. vbi requiritur, vt teſtamentum fiat vnico contextu, non intermixto actu extraneo. Quid autem magis extraneum, quam alterutrum ex dictis teſtamentis reſpectu alterius; & quamuis gloſſa, in d. §. vlt. verbo, alienum, ad fin. (cum qua tranſit communiſſima Doctorum ſententia, vt per Angel. Paul. Imol. ibidem, & in d. l. cum antiquitas, vbi Iaſ. nu. 3. plures refert, & ſequitur Luſitanus Gama, deciſ. 339. nu. 1. & deciſ. 381. nu. pariter 1.) dicat etiam interponi poſſe contractus: id tamen Doctores interpretantur, quando aliqualiter pertinent ad ipſam teſtantis diſpoſitionem, vt innuit d. §. vlt. ibi: *Quid ſi aliquid pertinens ad teſtamentum faciat, teſtamentum non vitiatur*. aduertit Viglius, in d. §. ſed cum paulatim, nu. 5. Gama d. deciſ. 38. in 4. Quomodo autem pertinere poteſt vnum ad alterum, ex duobus ſimul conditis teſtamentis, aut reſpiciat alterius teſtamenti, aut teſtantis neceſſitatem.

4 Deinde † abſurdum videtur, tabulas teſtamentarias adhuc altero teſtatore ſuperſtite publicari, cum ordinariò teſtatores nullum ſcire velint, quæ ab ipſis diſpoſita ſunt, l. hac conſultiſſima, C. de teſtam. & ita forſan cogeretur ſuperſtes ſuum teſtamentum mutare, vtpote patefactum.

5 Rurſus, ſpeciale † videtur in teſtamento paterno, cui ſubiunctum eſt pupillare, vt eadem ſolemnitas teſtium, ſignorum, & ſubſcriptionum ſufficiat: idque ex eo, quia teſtamentum patris, & filij pro vno habetur, vt inquit Vlpian. in l. patris, 20. ff. de vulgari. ergo duorum ſimul teſtamenta fieri non poterunt eadem ſolennitate, contra communem ſententiam, quæ in terminis noſtræ quæſtionis dictat vnicam tantum ſolennitatem ſufficere, vt tradit Iaſ. in d. l. patris, num. 1. vbi Bart. Aretin. Imola, & reliqui, Gomez. l. 22. Tauri, num. 17. plures refert, & ſequitur Vallaſc. Luſitanus Senator, conſ. 7. nu. 3. tomo. 1.

Quod amplius conuincitur apertiſſimè: nam præfati Doctores, in d. l. patris, & plures, quos referens ſequitur Vallaſc. vbi proximè, nu. 2. citra controuerſiam, & neceſſariò reſoluunt, duorum in eadem charta teſtantium teſtamenta eſſe omninò diuerſa, tam a parte rei, quam conſideratione iuris; & ſimul agnoſcunt d. l. patris, dum inquit, vnum eſſe teſtamentum patris, & filij, ſpecialiter procedere in terminis, de quibus loquitur, vt videre eſt, per Vallaſc. d. nu. 2. Vnde cum ex hac ſpecialitate inferat I. c. in d. l. patris, prouenire, vt vnica tantum ſolennitas ſufficiat: ſequitur perperam citatos Doctores effectum ab ſpeciali cauſa proficiſcentem, ad cauſam omninò diuerſam deducere.

6 Præterea, ſi † duo inſimul teſtantur (non ſe inuicem inſtituentes) & vnanimi conuentione vnum tertium ſcribant hæredem, poterit ſuperſtes, vel etiam ſtatim mutare ſuum teſtamentum, & fraudare defunctum; qui non aliter ſua bona illi tertio reliquiſſet, niſi copulata prædictis, vt agnoſcunt Oldrad. conſ. 174. Hiſpanus Suarez, in l. quoniam in prioribus, 5. limit. ad ll. Regni, nu. 12. Traquel. de primogen. quæſt. 68. nu. 1. & 5. Alciat. in l. licet inter priuatos, nu. 5. C. de pactis, Couar. in Rubrica de teſtament. 2. parte, nu. 8. plurimos referens. Sequitur Vallaſcus d. conſ. 7. n.

7. qui

nu. 7. qui tamen omnes id non obſtare conclu
dunt, quominus duorum ſimul in eadem char
ta teſtamenta non valeant.

Verum ipſorum reſponſiones non euitant
propoſitam difficultatem: nam in primis di-
cunt hoc permitti in d. l. licet, inter priuatos,
dum dicit, conuentionem inter milites ad bel-
lum euntes de inuicem ſuccedendo, valere in
vim ſupremi iudicij, & conſequenter eſſe va-
riabilem, iuxta l. 4. ff. de adimend. legat. Nã
7 reſpondetur, † quod in inuicem facta inſtitu-
tione nihil inconuenit ſuperſtitis mutatio, imo
neceſſaria eſt, cum in demortuo facta inſtitu-
tio iam fuerit effecta caduca: & ſolus, qui ſu-
perſtes eſt, fruitur bonis alterius, iuxta formã
mutuæ ſucceſſionis, de qua loquitur d. l. licet,
in quam etiam reſoluitur inſtitutio reciproca.
8 Secundò † non euitat dicere, neminem poſ-
ſe ita ſibi in teſtamento imperare, vt liberam
tollat dandi, adimendi, ac mutãdi facultatem,
l. ſi quis in principio teſtamenti, 22. ff. de lega-
tis tertio; nam hæc ratio potentiam quidem
variandi probat, non verò fraudis rationem
excludit: etenim, fraus non ex immutabilitate
actus, ſed ex partium vel mente, vel verbis, aut
arte verborum colligitur, vt patet ex l. 1. §. 1.
verſ. Labeo, ff. de dolo; iuncta gloſ. verbo,
omnem calliditatem, & verbo, fallaciam, &
verbo, machinationem. Immò fraus, & do-
lus magis apparet in actibus mutabilibus, quã
immutabilibus: cum in iſtis neceſſaria ſit per-
ſiſtentia; in illis verò ſola fides inſpiciatur, &
conſequenter fraus: nam in eadem materia
fides, & fraus verſantur.
9 Nec tandem euitabit dicere, † defunctum
ſibi imputare debere, quod non ante perpen-
derit reuocabilitatem teſtamentorum, & ma
gis ſeipſum circumueniſſe, quam ab altero cir
cumuentum, argumento l. cum donationis,
34. C. de tranſact. Nam quod attinet ad ſcien
tiam reuocabilitatis teſtamentorum, id non
tollit fraudis rationem, vt ſupra proximè no-
tauimus. Deinde d. l. cum donationis, proce
dit, quando interceſſit pactum, ſeu pollicita-
tio contra bonos mores, vt eſt omnis promiſ-
ſio de inſtituendo, iuxta l. ſtipulatio hoc mo-
do concepta, ff. de verborum obligat, vbi com
muniter notatur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 70.
§. 3. quę perinde eſt, ac ſi facta non eſſet, reſi-
ſtente, & irritante iure, vt ijdem AA. d. l.
cum donationis, Dioclet. & Maxim. conſti-
tuunt, in l. ex eo, 4. C. de inutilibus ſtipulat. d.
l. ſtipulatio hoc modo conc. vnde falli non
debebat ille, cui tam inciuilis pollicitatio facta
fuerat, & ſi illa inductus quid damni paſſus
eſt, ſibi imputet, cum ipſe volẽs ſe paſſus ſit de
cipi, vt patet in d. l. cum donationis, ibi: *Nec
vnquam nolenti dolus inferatur*. Quibus verbis
oſtenditur, inexcuſabiliter ſeipſum decepiſſe.
At ille, qui per calliditatem, fallaciam, & ma-
chinationem aliquem inſtituit, & facit actum
à lege approbatum (ſuppoſito quòd ſimul te-
ſtari liceret) in cuius immutabilitate, & per-
ſeuerantia laudabilem animi conſtantiam
oſtendit, quam & ius ipſum iuuat, dum non
quolibet modo teſtamenta irritari permittit,
§. ex eo autem ſolo, Inſt. quibus modis teſt.
infirm. & hoc modo induxit alterum ad eiuſ-
dem tertij inſtitutionẽ, aliàs non facturum: po
ſteaque mutat teſtamentum, & inſtitutionẽ,
ſine dubio decepit medio probabili, & alterũ
10 excuſante. Immò † non tam mutat volun-
tatem (quæ ſemper eadem fuit, ſcilicet deci-
piendi tantum defuncti gratia, non verò con-
ſtituendi tertij) quam potius materialem ſcri
pturam, & nudum corticem reuocat, & ſi
quando licuit ita variare teſtamenta, nũquam
tamen licuit ſimulare a principio, vt euenit in
propoſitis terminis; quod inconueniens ex
duorum ſimul teſtantium coniunctione profi-
ciſci notauimus.

Ex quibus colligitur, non debere permitti,
vt duo ſimul in eadem charta teſtentur; & cõ-
ſequenter ceſſare terminos propoſitæ quæſtio
11 nis. Et inſuper, † quod non poſſint in eadem
charta reciprocè hæredes ſcribi (caſu quo ſi-
mul teſtari liceret) ſuadetur ex ſequentibus.
Primò ex ratione l. vlt. C. de pactis, & l.
qui ſuperſtitis, ff. de acquir. hæredit. vbi no-
tant Scribentes, & in l. ſtipulatio hoc modo
concepta, ff. de verborum oblig. text. elegans
in l. donari, §. vlt. aliàs l. quidam in iure, §. vlt.
ff. de donation. Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 70. §.
3. quod omnis conuentio, vel modus, quo vi-
tæ alienæ inſidiæ tendi poſſunt, eſt omni-
no improbatus, vltra alios Luſitanus Cabedo,
deciſ. 138. nu. 3. & deciſ. 164. nu. 1. & vlt. at-
qui ex reciproca inſtitutione, qui debilior eſt,
ac imbellior, ſubijcitur inſidijs alterius; & vt
generalius loquar, vtrinque adeſt periculum;
dum quilibet emolumentum ſibi obuenturũ
ſecurum reddere mauult: quo fine prætento
ſi alterum præmori non curat, ſaltem præ-
mori non impedit.
12 Deinde, in † tali inſtitutione reciproca, vi-
detur reperiri captatoria voluntas, dum in ef-
fectu inſtituitur quis vt inſtituat; quæ quidem
reprobatur per l. captatorias, 70. ff. de hæred.
inſtit. vt in terminis ita ſecurè tenet Sarmien-
to, d. lib. 2. ſelect. cap. 4. nu. 3.
13 Tandem † magis in ſpecie videtur obſtare
textus in l. licet inter priuatos, C. de pactis, vbi
ab ſpeciali probari videtur, quod inter paga-
nos non valet ſcriptura, qua continetur, vt ille,
qui ſuperuixerit alterius bonis potiatur; in
quam profectò formam reſoluitur reciproca
inſtitu-

Digitized by Google

inſtitutio, ergo &c.

14 Quibus fundamentis † hanc partem tenuerunt præcitati Doctores, Viglius, & Sarmiento. Verum pro contraria, immo quod valeat duorum ſimul in eadem charta teſtamentum; tenuerunt plurimi, Bart. in d. l. patris, ad fin. ff. de vulgari. Bald. & Doctores, in d. l. licet, vbi Decius, Luſitanus Gama, deciſ. 258. nu. 2. Iul. Clarus, in §. teſtamentum, quæſt. 60. quod indubitanter receptum dicit inſignis Vallaſcus, d. conſ. 7. nu. 1. ſequuntur omnes infrà proximè referendi.

15 Et quod † coniuges ſe in eadem charta inuicem hæredes ſcribere poſſint, tenuit Oldrad. conſ. 174. Bald. & Paul. nu. 3. Iaſ. nu. 3. Alciat. nu 4. in d. l. licet, idem Paul. in d. l. patris, nu. 3. Tiraq. de primogenijs, queſt. 68. nu. 5. Couar. in Rubr. de teſtament. 2. parte, num. 8. idem Alciat. lib. 2. Parregon, cap. 31. vbi allegt l. 1. de teſtam. ex Codice Theodoſiano, quæ de quadam coniugum Leoncij, & Iocundæ reciproca inſtitutione cum laude loquitur. Eiuſdem meminit id tenens Connan. lib. 10. Comment. cap. 6. nu. 6. Petr. Pecchius, de teſtament. coniugum, lib. 1. à cap. 17. Gama, deciſ. Luſit. 231. nu. 1. & deciſ. 245. alias 246. nu. 2. & hoc in praxi obſeruari referens, ſequitur Vallaſc. d. conſ. 7. nu. 6.

16 Et tandem † generalius, quod quilibet duo in eodem teſtamento ſe poſſint inuicem hæredes inſtituere, tenuit doctiſſimus Peregrin. tract. de fideicommiſſ. art. 33. nu. 62. vbi pro eadem allegat Bart. Bald. Salicet. Paul. Iaſ. Alciat. & alios idem tenentes.

Quid ſequendum? nos, vt methodicè procedamus, præſentem inſpectionem in tria membra partiemur; in Primo diſputabitur, an valeat duorum ſimul in eadem charta teſtamentum; in Secundo, an coniuges in tali forma (ſuppoſito, quod liceat) ſe inuicem poſſint hæredes ſcribere; in Tertio, an hoc receptum in coniugibus, ad alios ſe inuicem in eodem teſtamento inſtituentes porrigatur.

Et quod attinet ad primum membrum, mihi videtur, non obſtantibus, quę ſupra adducta
17 ſunt, validè † teſtari poſſe duos ſimul in eadem charta; ita vt vnusquisque oſtendat illam ſuam eſſe vltimam voluntatem, particulariter inſtituendo hæredem, vel legando, aut aliter diſponendo: nam à parte rei ſunt diuerſa teſtamenta, vt marito tenuerunt omnes ſupra citati. Gama deciſ. Luſit. 231. nu. 6. latè Vallaſc. d. conſ. 7. nu. 2. & certe hæc teſtandi forma à iure non apparet impugnata, vt colligetur ex ſolutione obiectorum; immò in ea interueniunt ſubſtantialia cuiuſque teſtamenti: datur enim vtrobique iuſta voluntatis ſententia, iuxta l. 1. ff. de teſtament. abeſt omnis dolus, & coactio, ſi ſecundum ſe ſpectetur; concurruntque reliqua accidentalia, vt infra ſtatim oſtendemus.

Et in primis, quod attinet ad illam ſolennitatem vnius contextus, quæ in teſtamentis requiritur; itidem, quod nihil ſuperfluum re ipſa interueniat in teſtamento; quæ omnia videbantur infringi commixtione duorum teſtamentorum, vt ſupra dicebamus in prima difficultate.

18 Reſpondetur, † quod in teſtamentis in ſcriptis, qualia ſunt iſta, quæ ſimul, & in eadem charta fiunt, vnicus contextus conſideratur, non quidem, quod teſtator, vbi primum finit ſuum iudicium, iam adſint teſtes, ſubſcribant, & ſubſignent, ſed potius, quod quandocunq; retro ſit factum teſtamentum, vno tempore, nullo tunc actu extraneo interueniente omnes teſtes ſimul ſubſcribant, & ſubſignent teſtamentum: hoc enim vno contextu fieri dicitur, vt conſtituunt Cæſares in l. hac conſultiſſima, 21. C. de teſtament. ibi: *In omnibus autem teſtamentis, quæ præſentibus, uel abſentibus teſtibus dictantur, ſuperfluum eſt, vno, eodemque tempore exigere teſtatorem, & teſtes adhibere, & dictare ſuum arbitrium, & finire teſtamentum. Sed licet alio tempore dictatum, ſcriptumue proferatur teſtamentum: ſufficiet vno tempore, eodemque die nullo actu extraneo interueniente teſtes omnes videlicet ſimul, nec diuerſis temporibus ſubſcribere, ſubſignareque teſtamentum*, &c. Eleganter explicat Vigl. nu. 3. verſ. vno cõtextu, & reliqui, in §. ſed cum paulatim, Inſtit. de teſtam. ordin. Secundum quæ obiter explicabitur Ord. Luſitana lib. 4. tit. 80. §. 1. ibi: *oentregara ao tabelliao perante ſinco teſtemunhas*, &c. id eſt, *illud* (ſcilicet teſtamentum) *tradet tabellioni coram quinque teſtibus*, &c. vt videlicet intelligatur nullus deinceps interueniſſe actus extraneus, quouſque tabellio, & teſtes ſubſcribant, & ſubſignent teſtamentum.

Vnde cum duo ſimul teſtantes, ſuum factum teſtamentum eodem tempore omnibus teſtibus præſentibus nullo tunc actu extraneo intermixto ſubſcribi, & ſubſignari iubent, vterque vno contextu teſtatus dicitur.

19 Deinde † teſtamentu alterutrius intermixtum non debet conſiderari ſuperfluum reſpectu alterius: tum, quia ſunt duo virtualiter ſeparata, ac diſtincta, & ita nihil ſuperflui reperitur, cum ſint duo actus perfecti: tum, quia illud dicitur ſuperfluum in d. l. cum antiquitas, 28. C. de teſtament. quod à teſtatore interſeritur re ipſa & factis, non verbis, vt innuit gloſ. ibidem, cui tacitè aſſentit Vigl. d. §. ſed cum paulatim, nu. 3. verſ. vno contextu, ante finem. At in noſtra ſpecie nihil ſuperfluum ab

vnoquoq;

Digitized by Google

vnoquoque ex teſtatoribus apponitur, quilibet enim de per ſe ſuum perfecit, nihil intermitten do ſuperfluum.

Vel melius ac generalius reſponde, d. l. cum antiquitas, loqui in ijs terminis, quibus quis præſentibus teſtibus vult ſuum arbitrium ſtatim dictare, & finire: & tunc quilibet actus interiectus extraneus reſpectu teſtamenti corrumpit illius ſubtiliſſimam cauſam, & continentiam: & ita in ijſdem terminis inuicem vitiarentur dicta ſimul facta teſtamenta: at nos loquimur de teſtamentis, quæ duo in eadem charta ſimul condiderunt, & poſtea comproba re uolunt iuxta formam d. l. hac conſultiſſima. Vnde reſoluerem dicta duorum ſimul teſtantium vltima elogia tunc ſecurè procedere, quando priuatim fiunt, vel etiam publicè, non tamen vt tunc vnum nondum perfectum poſt alterum vltimam accipiat perfectionem, iuxta terminos d. l. cum antiquitas, ſed potius antea faciant, vt poſſint quandocumque corroborari, iuxta terminos d. l. hac conſultiſſima, vt ſupra expoſuimus.

20 Præterea ad † inconueniens, quod ſecundo loco ex Viglio obijciebamus circa publicationem vnius ex teſtamentis, in cuius conſequentiam etiam ſuperſtitis, ac viuentis ſimul teſtantis diſpoſitio publicabatur. Reſpondetur id non apparuiſſe abſurdum veteribus Iuris prudentibus, dum teſtamentum paternum, & pupillare coniungi, & impuberis adhuc ſuperſtitis mortuo patre publicari ſimul paſſi ſunt: niſi pater ita formidoloſus eſſet, vt in ima cera pupillare clauſerit, iuſſeritq; tantum mortuo pupillo reſignari, §. ſin autem quis, Inſt. de pupillari. Vnde ſi quod ex alterius ſimul teſtantis reuelato iudicio incommodum ſuboriri poſſit, vel non teſtentur ſimul: vel huic diſcrimini ſupponantur: aut ad exemplum teſtamenti pupillaris, quando pater non vult vt publicetur ſimul cum paterno, ita illa duo componantur, vt quolibet cauente, ne ſe viuo proprium publicetur, eius tantum, qui deceſſit, publicari poſſit.

21 Quod † verò attinet ad ſolennitates, quæ eædem dicuntur ſufficere pro vtroque teſtamento, aduerſus textum ab ſpeciali contrariū probātem, in d. l. patris & filij, ff. de vulgari, vt tertio loco ſupra opponebamus. Reſpondetur, ſpeciali quidem eſſe in teſtamento pupillari, iuncto paterno, quod eadem ſigna ſufficiant; cum in veritate vnum & idem ſit teſtamentum, & ab unius patris uoluntate, & diſpoſitione procedens l. 2. ff. de vulgari. principium, verſ. nam moribus. Inſt. de pupillari, nō proinde tamen infertur, quod duobus ſimul teſtantibus duplex ſolennitas teſtium v. g. ſigillatim, ac realiter interueniat: ſufficit vna, & eadem iterato rogata; quæ cenſura iuris duplex eſt, vt agnoſcit Vigl. in §. igitur, numero primo, Inſt. de pupillari, & ita debet explicari ſententia Doctorum, quos ſupra retulimus, aſſerentium eandem ſolennitatem ſufficere in duorum teſtamentis ſimul conditis.

22 Et hoc † intellige de ſolennitatibus, quæ extrinſecus teſtamento adueniunt: at eæ, quæ à teſtatoribus proficiſcuntur, ab vnoquoque ex illis duobus ſimul teſtantibus ſeparatim, ac realiter adimpleri debent: & ideo ſi literas ſciant, vnuſquiſque debet nomen hæredes ſcribere; vel ſi literas neſciant, & ab alio ſcriptum ſit teſtamentum dictante teſtatore (vt etiam fieri poteſt apud Luſitanos, ex Ordin. libro quarto, titulo 80. §. primo) adhuc nomen hæredes ſuis ſubſcriptionibus teſtes declarare debent, l. penultima ad finem, C. de teſtamentis; vel per alterius perſonam nomen hæredis ſcribi iubeat, Authen. vt ſponſalit. largit. §. quia vero, collat. nona (ſecundum quæ debet declarari dicta Ordin. Luſitana, proximè relata, in §. quinto) notant in terminis Paulus Cuman. Alex. in dicta lege patris, & filij; nam illa particularis declaratio de nomine hæredis à teſtibus in ſubſcriptionibus facta, vel ab alio tertio iuſſu teſtatoris, ſupplet ſolennitatem à teſtatore implendam. Quam limitationem cum iudicio generaliter tradit doctiſſimus Luſitanus Iuris conſultus Vallaſcus d. conſ. 7. num. 4.

23 Vnde † cum apud Luſitanos requiratur pro forma teſtamentaria, vt teſtator tradat ſuum teſtamentum tabellioni coram teſtibus, & percontatus à tabellione an ſit illud ſuum teſtamentum reſpondeat ſuum eſſe, Ordin. Luſitana, d. lib. 4. tit. 80. §. 1. verſ. *& elle teſtador*. non aliter apud illos valebit teſtamen tum cuiuſuis ſimul cum altero teſtantis, quin prædicta ſolennitas traditionis, & reſponſionis interueniat: vt in terminis tradit, & ita iudicatum in ſupremo Luſitano Senatu refert Vallaſcus, d. conſ. 7. num 4. & ideo duo ſimul teſtati in eadem charta, debent ſimul, vel ſucceſſiue proprijs manibus tradere, & reſpondere tabellioni, illud eſſe ſuum vltimum, & completum iudicium. Alias ille, qui tale ſolenne non peregerit, inteſtatus decedit: pro parte verò eius, qui impleuit, ſuſtinebitur, cum ſint diuerſa teſtamenta, quæ ſeparationē recipiunt, & vtile per inutile tunc non vitiatur, vt in ſimilibus terminis duorum ſimul teſtantium tradit Luſit. Gama, deciſ. 231. n. vlt.

24 Prædicta † illatio, quam ad Luſit. feci, debet neceſſariò intelligi, quando teſtamenti confirmationi interuenit tabularius: at ſi non

K inter-

interueniat (tunc concurrentibus requiſitis, de quibus eadem Ordin. Luſit. d. tit. 80. §. 3. ſuſtinebitur vtrumque teſtamentum: ſcilicet, ſi interuenerint ſex teſtes, cum qualitatibus de iure requiſitis, & coram illis recitatum ſit teſtamentum, vt etiam de iure hoc vltimum comprobat Couar. communem dicens, in cap. relatum, il. 1. n. 11. verſ. oportet, de teſtamentis.

25 Tandem † obijciebamus fraudem, quæ poterat intercedere in duorum ſimul teſtamentis, quia poterat alter alterius fallacia inſtituere eundem hæredem, quem alias ſolus non inſtituiſſet: & ſtatim, vel poſt mortem alterius, ille, qui deceperat, inſtitutionem mutabat altero fraudato manente. Nam reſpondendum eſt, mutationem quidem teſtamenti liberam eſſe ſemper, vt vltra ſupra citatos in terminis agnoſcit Viglius, in §. igitur, n. 2. Inſt. de pupillari. Gama, deciſ. Luſit. 184. n. 3. & deciſ. 245. alias, 246. nu. vlt. & deciſ. 258. n. 2. Itidem inficiari non poſſe locum eſſe apertum fraudibus, & dolis, vt ſupra in argumento neceſſariò euicimus, nihilominus tamen ipſo iure valida eſſe prædicta teſtamenta, quamuis fraus circa inſtitutiones, aut quaslibet alias diſpoſitiones contigiſſet, id enim non ad ſubſtantiam, & validitatem actus, ſed effectum ipſius pertinet.

26 Vnde circa † effectum prædictæ inſtitutionis diſtinguendum puto; Aut quis dolo ab initio inductus fuit ad inſtituendum aliquem certum in eadem charta, qua alter eundem inſtituebat, & poſtea teſtamentum, & inſtitutionem mutauit; aut à principio dolum non commiſit, verum vnanimi conſenſu, & conuentione præhabita eundem inſtituerant; aut tandem vterque eundem inſtituit nec dolo, nec præuia conuentione motus, ſed forſan prouocatus facto alterius; & in his etiam duobus poſtremis caſibus alteruter teſtamentum mutauit, quid dicendum?

In primo caſu, puto validam eſſe inſtitutionem, iuxta ea, quæ in cap. 6. num. 21. ſupra hoc lib. hæreditatemque per fiſcum auferendam ab illo tertio inſtituto, quaſi ab indigno, licet nulla eius fraus interueniſſet: quia ad hunc effectum ſufficit inſtitutionem eſſe validam ipſo iure, & inſtitutum indignè capere renitente voluntate teſtatoris; ſecundum quæ nec ipſe inſtitutus retinebit, nec venientes ab inteſtato admittentur, vt latè comprobaui d. cap. 6. à n. 29. cum ſequentibus, quidquid dicat Vallaſ. & ab eo relati d. conſ. 7. n. vlt. verſ. vlt. & qui dolum commiſit puniendus venit, iuxta ea, quę diximus d. cap. 6. à n. 35. & apud Luſit. in ijs terminis extra controuerſiam erit duplũ damni dati ei, qui aliàs inſtituendus erat. Ord. Luſit. lib. 4. tit. 84. §. 3. & ſi aliàs non conſtat de hærede, qui inſtituendus foret, punietur pœna extraordinaria, de qua l. 1. C. ſi quis aliquem teſtari, & notauimus d. cap. 6. n. 34.

27 In † ſecundo verò caſu, liberè & impunè vnusquisque poteſt ſuum teſtamentum mutare: & cum in hoc par ſit vtriuſque conditio, neutri poteſt fraus, aut dolus imputari. Si tamen hæres ſcriptus hæreditatem alterius tantum conſequatur, quia alter voluntatem mutauit; & conſtet in his terminis hæredem deſtitutum eſſe voluntate defuncti, cui ſucceſſit, quia aliter non inſtitueretur, quin vtriuſque hæreditatem conſequeretur, certe indignus eſt, & ab eo fiſcus auferet, vt per textum ibi notat gloſſa, verbo, non valeat, in lege cum quidam, ff. de his, quibus vt indign. l. hæreditas, 4. C. eodem titulo, vbi indignus dicitur, qui deficitur voluntate defuncti. Faciunt, quæ paſſim tradidi d. cap. ſexto, & in his terminis non retenturum innuit Purpurat. in dicta lege licet, num. 38. C. de pactis, quamuis venientes ab inteſtato, & non fiſcum immeritò admittat.

28 Et hæc † reſolutio ſine dubio recipitur, quando ex præfatione inſtitutionis appareat aliter non inſtituturum: quidquid contradicat Vallaſcus d. conſ. 7. numero vltimo, verſ. vltimo, in princip. nam licet præfatio illa non tollat inſtitutionem, vt aliàs fecit in lege vltima, ff. de hæred. inſtit. oſtendit tamen defectum voluntatis in tali caſu: & iura ſupra citata non patiuntur quem retinere hæreditatem deſtitutum voluntate defuncti; immò fiſco locum fore.

29 In † tertio tandem caſu, non ſolum libera eſt alterius ex duobus ſimul teſtantibus mutatio, & inulta: ſed & inſtitutus à quolibet, qui cum effectu ſucceſſit, firmè retinebit hæreditatem, quamuis alter teſtamentum reuocet, & inſtitutionem mutet; quia tunc non præſumitur deſtitutus voluntate defuncti: nec conſtat alterum dolo alterius, aut ſub ea conuentione inſtituiſſe, aliter non inſtituturum. Quod ſi conſtitiſſet, reſoluendum adhuc eſſet, vt in præcedenti caſu.

30 Quam † tricipitem reſolutionem intellige, non ſolum in inſtitutionibus, verum & legatis, & quibusuis alijs particularibus teſtamentarijs diſpoſitionibus, vel per viam maioratus, vel fideicommiſſi familiaris, aut cuiuſuis alterius perpetui. Nam quomodocumque conſtiterit teſtatores non aliter relicturos, quam ſi ab altero etiam certa bonorum pars conferatur (quæ ab initio placuit) non retinebit relictum legatarius, aut fideicommiſſarius.

Vnde illud perquirendũ eſt in his particularibus

tibus relictis, quæ ſine voluntate defuncti vel deſeruntur, vel retinentur; an admittatur fiſcus; vel hæredes ſcripti, vel venientes ab inteſtato, mouet quæſtionem differentia, quam inter hæredum inſtitutiones, & reliqua particularia relicta conſtituit gloſſa, verbo, denegabuntur, per text. ibi, in l. ex parte, ff. de adimend. legat. vbi Bart. & reliqui, quorum ſententia communiter recepta eſt, vt notatur ibidem, & in l. 3. §. vlt. ff. eodem tit. & in §. vnico, Inſt. de adempt. legat. de inſtitutione latè Molina lib. 1. de primog. cap. 9. n. 24.

31 Et puto reſoluendum, quod † ſi ex verbis teſtamenti conſtat de caſu, quo vnus ex ſimul teſtantibus particulare relictum non dat, (ſi alter recedat à ſimili relicto,) cenſetur in eodem teſtamento ademptum, quibuſcunque verbis id fiat, vt exprimit Imper. in d. §. vnico, Inſt. de ademptione legatorum, ibi: *Sed alijs quibuscumque verbis*, &c. notat gloſ. magiſtra. in l. fideicommiſſum, 27. C. de fideicommiſſ. & tunc hæres ſcriptus vel tutus erit exceptione vt pote probata pęnitentia, iuxta d. l. fideicommiſſum, vel repetitione, ſi ſoluerit, cum indebitè ſolutum appareat.

32 Si verò tacitè conſtat † de voluntate defuncti, ex euentu ſecuto poſt mortem alterius, altero ſcilicet reuocante relictum, quo caſu nuda voluntate ademptum videtur reſpectu etiam primi teſtatoris, vt alias notat gloſſa, verbo, alijs, in d. §. vnico, & in fortioribus terminis tradit Angel. ibidem, dum inquit, quod ſi poſt mortem teſtatoris aliquid contra ipſum fiat, quod ſi ſciuiſſet antea, legatarius non foret, id quod relictum fuit, tacitè ademptum cenſetur; Idem tradiderat gloſſa vnica, ad ſinem, in l. fideicommiſſum, 27. C. de fideicommiſſis. Verum cum in his terminis ſola exceptio competat hæredi, vt probat l. 3. §. vlt. ff. de adimend. legat. non aliàs eidem proderit ademptio, niſi retinendo; vnde conſultè faciet, ſi interim dando cautionem; exigat ad reddendum, caſu quo alter ex ſimul teſtantibus diſpoſitionem reuocet; quam ſi omiſerit, carebit repetitione, iuxta regulam l. ex quibus cauſis, ff. de condict. indeb. cum legatario iure ipſo debeatur, vt notat gloſ. vnica, in d. l. fideicommiſſum, & ſatis innuit, d. l. 3. §. vlt. ff. de adiment. legat. Attamen fiſco tunc locus erit, argumento text. in l. poſt legatum, §. 1. ff. de his, quibus vt indign. ibi: *Ergo qui legatum conſequutus poſtea falſum dixit, amittere debebit, quod conſequutus eſt*, &c. niſi mauis (quod & æquius eſt) cōdictionē ſine cauſa, hęredi ex tit. de condict. cauſa data, cauſa non ſequuta, vel ex æquitate l. ſi me & Titium ff. ſi certū petatur. Quia creditur teſtator in vita ita diſpoſuiſſe, aliàs non diſpoſiturus alioquin ſi aliqua cauſa poſt mortem eueniſſet, quæ a teſtatore præcogitata non præſumeretur, & indignum redderet honoratum, fiſco dumtaxat locus eſſet, l. 1. vbi Bart. ff. de his, quib. vt indign. multa, ac multos congerendo, eleganter tradit Molina, de primog. Hiſpan. lib. 1. cap. 9. à n. 44. cum ſeqq. & tunc habet locum doctrina Ripæ, in l. vlt. C. de reuoc. donat. quæſt. 11. n. 38. & quæſt. 45. n. 153. vbi diſtinguit inter ingratitudinem commiſſam in vita, & mortuo teſtatore: vt illa reuocet legatum; quia datur pręſumptio mutatæ voluntatis; hæc verò legatum fiſco deferat, quia iam non poteſt conſiderari præſumptio contrariæ voluntatis, Sequitur Molina, vbi proxime, n. 46. in ſuprapoſita tamen ſpecie, ex modo diſponendi, etiam in vita colligitur præſumptio mutatæ voluntatis, ſi poſtea contra fiat.

33 Ex quibus † ſequitur, quod ſi duo ſimul teſtentur, & maioratum, vel fideicommiſſum familiare vnanimiter conſtituant, aliàs non conſtituturi: & vnus mutet teſtamentum; ſcriptus hęres bona auocabit, ſi pro ſua parte ſatisfecerat; & ex verbis teſtamenti aliqualiter conſtiterit hoc caſu à defuncto non eſſe conſtitutum, & conſequenter ademptum, iuxta ſupra dicta; & a fortiori retinebit eadem bona, ſi adhuc non tradiderat.

Si vero aliundè colligatur tacita adimendi voluntas, hæredi exceptio competet, vel repetitio, dummodo accepta cautione præſtitiſſet. Aliter fiſco locus erit, vel etiam hæredi, quod æquius ſupra putamus, & ita nullatenus firma manebit illa maioratus, vel fideicommiſſi perpetui conſtitutio, quidquid contradicat Tiraq. de primogen. quæſt. 68. Molina eodem tract. lib. 4. cap. 2. n. 84. & plures, quos referens ſequitur Vallaſcus, d. conſ. 7. n. 7. ad finem, & iuuat hanc reſolutionem, quod forſan vnius teſtatoris bona non ſufficiunt ad eas conditiones, & onera, quæ ad celebritatem memoriæ regulariter imponuntur; ex quo etiā, volūtatis defectus in teſtatore colligetur.

Quod ſine dubio tuebuntur illi, quos refert, nec damnat Vallaſcus, d. conſ. 7. n. vlt. verſ. vlt. ad fin. qui dato dolo vnius ex ſimul inſtituentibus, ob quem alter inſtituit, bona omninò auferenda dicunt.

34 Si uero † prædicti teſtatores liberè talem maioratum, vel perpetuum fideicommiſſum ordinaſſent; liberè quoque & impunè alteruter pro ſua parte reuocabit, & manebit firmus pro parte, pro qua eſt conſtitutus.

35 Quid aūt † ſi vnus ſit, & idē hęres ſolus inſtitutus, & in eo maioratus conſtitutus in prædicta forma? Reſoluerem, hæredem non manere obligatū ad conſtitutionē maioratus, vel fideicōmiſſi perpetui ſi alter ex ſimul inſtituto-

ribus pro ſua parte reuocat, & conſequenter conſtat defuncti conſtitutoris voluntatem defeciſſe, iuxta ſupra dicta: Nam ſicut in propoſitis terminis hęres ab alio tertio repetit, vel non dat, quando in illo conſtituẽdus erat; & tunc bona libera penes ipſum hæredem manent: ita & in hoc caſu apud eundem libera manebunt. Quod intelligo, ſi prędicta quęſtio ſolum vertetur in conſtitutione maioratus; ſi vero de inſtitutione ſimul agatur, tunc ſeruanda ſunt, quę ſupra diximus, de hęreditatibus, vt ſcilicet fiſcus vniuerſa auferat, ſi auocanda ſunt.

36 Ex quibus † longè repetitis patet, quod duorum ſimul teſtamenta in eadem charta fieri poſſunt, quia forma talis improbata non eſt; & ſi aliquid ſiniſtrum occaſione huius coniũctionis contigerit ex malitia partium, id aliunde medendum: nec interim conſiderandum eſt, cum ſubſtantiam actus non attingat.

37 Quam † reſolutionem ſicut in duobus ſimul teſtantibus admittimus, ita in pluribus non excludimus, cum ratio eadem vtrobique ſit; nam vbi primum duorum patimur, neceſſariò admittere debemus plurium coniunctionem in eadem charta teſtantium.

38 Denique † noſtra quęſtio non proponitur in nuncupatiuo teſtamento: nam per nuncupationem duo, pluresue ſemper ſimul teſtari in eadem charta potuerunt; nec vnquam id contradictorem habuit, vt fatetur Vigl. d. §. ſed & vnum, nu. 2. ad finẽ, Inſt. de teſtam. & d. §. igitur, nu. 2. Inſt. de pupillari: cum ſcriptura in nuncupatiuo teſtamento non ſit de ſubſtantia; & in eadem charta poſſit notarius plura ſimul ſcribere, ſiue vltima elogia, ſiue contractus, notatur in l. ſcire debemus, ff. de verborum oblig.

39 Cum igitur † duo poſſint in eadem charta ſimul teſtari, à fortiori quodãmodo id admittetur in coniugibus, qui ſunt duo in carne vna, cap. debitum, de bigamis, cap. 1. de coniugio leproſorum. & ſocij humanæ, ac diuinæ domus, l. 4. C. de crimine expilatæ hæredit. inclinat Viglius, in d. §. ſed & vnum, nu. 3.

40 Vnde iam † ſuccedit ſecundum noſtræ quęſtionis membrum, an ſcilicet poſſint coniuges ſe inuicem in eadẽ charta hæredes inſtituere.

In quo pro negatiua parte acriter inſurgit Sarmiento, lib. 2. Select. cap. 4. nu. 3. & aliqualiter Vigl. d. §. igitur, nu. 2. Inſt. de pupillari, ſtantq; ea, quæ iã ſupra poſuimus argumenta.

Pro contraria adeſt communiſſima, & receptiſſima ſententia plurium, quos ſupra retuli. & inter coniuges, ſi aliquot circumſtantiæ ſuadent, non multum refragatur Vigl. in §. ſed & vnum, nu. 3. Inſt. de teſtament. & profecto coniugum reciproca inſtitutio, tantum abeſt, vt damnari debeat, quod immo maximè laudanda ſit: nam quid gratitudinis reſpuit, aut non recipit bene tranſactæ vitæ indiuidua conſuetudo: adeò, vt receptiſſimum ſit, poſſe maritum (vel è contra) blanditijs, & mollibus verbis vxorem pellicere ad ipſius inſtitutionem; de quo eſt text. elegans, in l. vlt. ff. ſi quis aliquem teſtari prohib. optima gloſ. verbo, affectionibus, in l. captatorias, ff. de hæred. inſtit. notant omnes in l. 1. C. ſi quis aliquẽ teſtari prohib. & apud Luſitanos lege ſtatutum eſt, in Ord. lib. 4. tit. 84. §. 4. verſ. *Porem ſe amulher.* quaſi non tam aucupari, & affectare alienum, quam coniugali amori debitum conſeruare intendat. & hæc noſtra & communis ſententia ex obiectionum ſolutione clarius patebit.

41 Et in primis † non obſtat dicere, ex tali reciproca inſtitutione oriri poſſe ſuſpicionem captandæ mortis alterius: Nam, vt de coniugibus loquar (infra de alijs ſe inuicem inſtituentibus ſermo erit) talem ſuſpicionem excludit mutuus amor à iure præſumptus.

42 Deinde non obſtat † d. l. captatorias, 70. ff. de hæred. inſtit. nam licet inter coniuges mutua illa inſtitutio facta eſſet in forma captatoriæ, (in qua nos non loquebamur, ſed quando in eadem charta vnanimi affectione ſe inuicẽ inſtituunt) adhuc inter illos facta inſtitutio non vitiaretur; quod comprobo ex eadem l. captatorias, dum inquit: *Captatorias inſtitutiones, non eas Senatus improbauit, quæ mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt: ſed quarum conditio confertur in ſecretum alienæ voluntatis*; vbi I. conſultiſſimus Papinian. decidit, eas captatorias non improbari, quæ mutuo amore iudicia prouocarunt; ergo ſupponit eas eſſe conceptas in forma aptatoriarum, hoc eſt, ſi me inſtitueris, te inſtituo. ſentit ibidem gloſ. 1. quia tñ non ipſa verba materialiter captãtia, ſed mutua affectio immediatè, & principaliter prouocat ad reciprocã inſtitutionẽ; decidit I.c. non eas improbari. Sed quorũ conditio penetrat, & ſola rũpit ſecretũ alienæ voluntatis, hoc eſt, quæ immediatè, & principaliter ab altero extorquet inſtitutionem, non vero affectio, aut quilibet alius reſpectus voluntatis liberæ ac ſimplicis: qđ amplius denotat illud verbũ, (*alienæ voluntatis*) id eſt, multũ remotę à reciproca inſtitutione, niſi captaretur præuia illa cõditione, vt innuit et gloſ. ibidẽ. verb. (*alienæ*) Atq; ita explico relata verba: *Quorũ cõditio confertur in ſecretũ alienæ voluntatis.* (quæ alij aliter interpretãtur) nã in mutuo ſe amãtibus prędicta cõditio nõ cõfertur in ſecretũ alienę voluntatis, cum ad reciprocam inſtitutionem ſolum, & immediatè moueatur, ac prouocetur à mutua affectione.

Illud

Digitized by Google

Illud autem hic aduerterem, quod ſi vnus ex coniugibus poſt vtrinque factam reciprocã inſtitutionem in forma captatoriæ: occulte, & diſſimulatè teſtamentum mutauerit, & inſtitutionẽ in coniuge factam in alium tranſtulerit, puto etiam corruere debere alterius coniugis mutuam inſtitutionem. Quia tunc præcedens diſpoſitio apparet formaliter captatoria, quo caſu vitioſa eſt, & improba, & inter perſonas coniunctas plus deteſtanda: ex qua non debet commodum reportari.

43 Tandem † contra ſuprapoſitam reſolutionem nihil faciat argumentum ab ſpeciali deductum, ex l. licet inter priuatos, C. de pactis, quæ quidem ſingularis eſt ſecundum Alex. ibidem: nam parumper in eius interpretatione immorandum eſt. Et in primis omiſſa ordinariorum explicatione, qui inter milites admittunt pactum futuræ ſucceſſionis, non ita inter paganos; quod falſum eſt; nec enim deformitas prædicti pacti diluitur in milite, immò acuitur; cum in ipſis reperiatur maior audacia, & occaſio inſidiandi vitæ alterius: & ſit contra bonos mores, iuxta l. ſtipulatio hoc modo, ff. de verborum oblig. quod milites æquè comprehendit; quemadmodum ob eandem rationem in eo non valet captatoria voluntas, l. captatorias, C. de teſtam. milit. vbi vltra alios tradit Decius, à nu. 1.

44 Omiſſis itidem † quæ Gomez, l. 22. Tauri, nu. 18. & quæ Sarmiento. lib. 2. Select. cap. 5. per totum, & Vallaſc. d. conſ. 7. nu. 7. in fine, qui propterea inter priuatos inquit damnari reciprocam illam ſucceſſionem, quia pactũ, & conuentio interceſſit: ſecus ſi in eodem teſtamento reciproca inſtitutio fieret, quaſi conuentio illa deformitatem obtineat, quod in terminis illius text. verum non eſt. alioquin nec inter milites obtineret, vt ſupra tetigimus. Immò, licet intercedat conuentio, ſi poſtea inter priuatos legitima forma, ac ſolennis ſuperueniat, pactum præcedens non oberit, vt ſtatim monſtrabimus.

45 Difficultatem † etiam non tollit eorum ſententia, qui dicunt hic dari vltimam voluntatem in genere (quaſi id ſpeciale ſit in milite) vt gloſ. ibidem tradit verb. compendium, ſequuntur plures, quos referens, idem tenet Gomez, l. 3. Tauri, nu. 66. ad finem. Couar. in Rubr. de teſtam. 3. parte, nu. 25. verſ. vlt. Decius, in d. l. licet, nu. vlt. in princip. nam quo caſu Impp. valere dicunt ſcripturam in d. l. licet, nimirum inter milites; verum teſtamentum militare eſſe ſupponunt, vt inferius comprobabimus: non verò imaginariam in genere vltimam voluntatem: nulla enim eſt, quæ in aſſerto genere remaneat, quin reducatur ad vnam ex ſpeciebus inuentis, latè & eleganter in terminis comprobat Franciſc. Sarm. lib. 2. Select. cap. 5. nu. 8.

46 Vt igitur † mentem Cæſarum in d. l. licet. penitiſſimè introſpiciamus, primò aduerte, hic non eſſe damnatam priuatorum illam ſcripturam, tanquam contra bonos mores: aliàs enim ſimpliciter, & indiſtincte etiam in militibus reprobaretur, vt ſupra probauimus: ſed potius non poſſe habere exitum vltimæ voluntatis, vt patet ibi: *nec donationis quidem mortis cauſa geſta efficaciter ſpeciem oſtendit*. Quaſi dicat, prædicta ſcriptura (vt qui ſuperuixerit, alterius rebus potiatur) inter priuatos non eſt teſtamentum; quia deficit peculiaris, ac ſolennis hæredis inſtitutio: non legatum; quia vniuerſam complectebatur hæreditatem, ſine capite, hoc eſt, ſine inſtitutione hæredis, iuxta §. ante hæredis, Inſt. de legatis. & à legitimis hæredibus relictam conſiderari nequit, quia ab inteſtato legatum non relinquitur, §. præterea, Inſt. de fideicommiſs. hæredit. l. illud, §. tractari, ff. de iure codicill. notat Coſta, in repet. §. poſthumus, nu. 17. verſ. ex ſuperioribus, ante fin. Inſt. de legatis: non fideicommiſſum, quia nec aliquis rogatur, nec conuentione fit, ſicut nec reliquæ prædictæ defunctorum voluntates, iuxta regulam l. verba contraxerunt, ff. de verborum ſignif. & quod has omnes vltimæ voluntatis ſpecies excludant Impp. hic, probatur ex dictione illa, (*nec*) quę implicat caſus minus dubios, quaſi dicant, tantum abeſt, vt ſpeciem vltimi elogij inuoluat, vt nec etiam donationem cauſa mortis efficaciter oſtendat, qui eſt remotiſſimus vltimæ voluntatis gradus, vt colligitur ex §. 1. Inſt. de donationibus, vbi legatis ferè æquiparari dicuntur.

47 Præterea aduerte † hanc ſcripturam, quæ inter priuatos efficaciter non oſtendit donationem cauſa mortis, inter milites valere, vt teſtamentum, vt patet ibi: *Tamen cum uoluntas militum, quæ ſuper ultimo uitæ ſpiritu, & de familiaris rei decreto, quoquomodo contemplatione mortis in ſcripturam deducitur; uim poſtremi iudicij obtinet*, &c. & ibi: *Intelligitur ex fratris tui iudicio, quod principalium conſtitutionum prompto fauore firmatur*, &c. Ex quibus verbis, iuncto principio, Inſt. de teſtam. milit. & l. 1. ff. eodem tit. manifeſtè colligitur, illam ſcripturam, quæ inter priuatos, nec donationis cauſa mortis ſpeciem efficaciter oſtendebat, inter milites eſſe teſtamentum.

48 Vnde iam vides † lapſum Decium ibidẽ, nu. vlt. verſ. tertio quia, dum putabat dictam ſcripturam (vt qui ſuperuixerit alterius rebus, potiatur) inter milites valere, tanquam donationem cauſa mortis; Ita etiam intelligit Sarmiento, d. lib. 2. Select. cap. 5. nu. 4. nam Impp.

mens ea eſt, vt oſtendant militum diſpoſitiones eſſe fauorabiliores, & magis priuilegiatas, quod vt demonſtrent, hac præfatione incipiunt: *Licet inter priuatos*, &c. & in priuatis nõ dicunt reſolutiuè dictam ſcripturam non redolere donationem cauſa mortis, ſed tantum id efficaciter non oſtendere, vt ſtatim probabimus. Ergo vt concludant pinguiſſimum priuilegium militum, interpretari debemus, eandem ſcripturam inter milites non donationẽ cauſa mortis, ſed aliquid amplius, ſcilicet vltimum iudicium eſſe, quod eſſe poterat, quomodocunque proferretur, iuxta d. princip. de teſt. milit.

Nec pro Decio ponderari poſſunt verba illa: *Vim ſupremi iudicij obtinet*. quia hęc verba, non ad formam, & ſpeciem ibi propoſitam referuntur, ſed ad generale priuilegium militum, vt patet ex ſerie text. conſtat autem ex d. principio, Inſt. de teſtam. milit. quamlibet militis voluntatem nudam, ſimplicem, & inſolennem, pro valido teſtamento obſeruari. & quod teſtamentum militare prodeat in forma concepta in d. l. licet, oſtendunt vltima verba ibi: *Ex fratris tui iudicio*, &c.

49 Tandem † aduerte prædictam ſcripturam: *Vt qui ſuperuixerit alterius rebus potiatur*, etiam inter paganos valere. nec enim Impp. in d. l. licet, illam ſimpliciter reprobarunt, ſed tantum dicunt non eſſe adimplendam tanquã ſolennem voluntatem vltimam: cum id ſolum fauor, & priuilegium militum euincat. Vnde infero valere poſſe tanquam donationem cauſa mortis inter priuatos. Nec obſtãt, immo iuuant illa verba ibi: *Nec donationis quidem cauſa mortis geſta efficaciter ſpeciem oſtendat*, &c. vbi Impp. vt priuilegium militum patefacerent, per exceſſum quendam relata verba protulere; quaſi dicerent, prædicta ſcriptura, quæ cum difficultate inter priuatos donationem cauſa mortis oſtendit; inter milites ſupremum iudicium eſt. Inſuper prolata fuere ad effectum, vt inter priuatos quamlibet aliam ſpeciem poſtremi iudicij excluderent, vt ſupra perpendimus. Ergo non denegant valere, vt donationem cauſa mortis. Et quamuis citata verba propter ſe dicta eſſent: adhuc in illis non dicunt ſimpliciter Impp. prædictam ſcripturam non valere vt donationem cauſa mortis: ſed tantum aſſerunt id non efficaciter oſtendere; hoc eſt, non manifeſte; ergo aliquo modo oſtendunt.

Nec obſtat obiectio Decij ibidem, nu. vlt. verſ. non obſtant rationes; qui dicit, donationem cauſa mortis tunc temporis non valere nudo pacto factam; imò requirere vel ſtipulationem, vel traditionem, l. in ædibus. §. vlt. l. Ariſto, ff. de donationibus. cum id denuo conſtituerit Iuſtinian. in l. ſi quis argentum, §. ſin autem hoc, C. de donationibus. nam (vltra reſponſionẽ, quam in ſpecie tradit Sarm. d. lib. 2. cap. 5. nu. 6. prædictam obiectionem limitans in donatione cauſa mortis: de quo ego dubito, quia ſaltem traditionem tunc temporis requirere videbatur) reſpondetur in noſtro tex. quoad priuatos ſupponendum eſſe, ſtipulationem interueniſſe; quod colligitur ex illis verbis: ibi. *Licet inter priuatos huiuſmodi ſcriptum*, &c. iuncto §. ſi ſcriptum, Inſt. de inutilibus ſtipul. & §. vlt. Inſt. de fideiuſſoribus. Accedit, quia niſi ſtipulatio quoad priuatos ſupponeretur, non dicerent Impp. prædictam ſcripturam inter ipſos efficaciter non oſtendere ſpeciem donationis cauſa mortis, vt ſupra interpretati ſumus: ſed ſecurè reſoluerent, omninò non oſtendere, nec habere vim donationis cauſa mortis.

Nec adhuc obſtabit dicere d. l. licet, collocari ſub titulo, de pactis, vbi de nudis tantum conuentionibus principaliter ſermo eſt. Etenim reſpondetur, quod licet dicamus pactum ibi fuiſſe ſtipulatione firmatum, non proinde eſſe fugitiuam ſub illo titulo, quia Impp. id tantum intendunt, vt milites in prædicta forma cenſeantur facere teſtamentum; ſiue ſtipulatio conuentionem ſecuta fuerit; ſiue nuda pactio manſerit: cum non ad formam actus, ſed tantum ad effectum voluntatis militaris attendatur; & ita ſub hac latitudine d. l. licet, recte collocatur ſub tit. de pactis.

Accedit, quia (vt ſupra notauimus.) Impp. per comparationem priuatorum, volũt oſtendere priuilegium militum: & tunc ſuppoſita vallata donatione cauſa mortis per ſtipulationem; inquiunt, id quod quantumcunque firmatum in priuatis efficaciter non oſtendebat donationem cauſa mortis, inter milites teſtamentum eſſe. Atque ita ſupponunt interceſſiſſe ſtipulationem, vt aliqualiter inter priuatos in vim donationis cauſa mortis valeat.

Cur autem prædicta ſcriptura interueniente ſtipulatione non dicitur efficaciter oſtendere donationem cauſa mortis inter priuatos? reſpondendum videtur, exinde prouenire, quia priuati non expreſſerant nomen donationis cauſa mortis; quinimmo eorum intentio erat facere hæredem ſuperſtitem: ad quod quia nõ ſeruarunt ſolennia, propterea in viribus donationis cauſa mortis ex interpretatione voluntatis remanſit. argumento text. in l. vbi ita donatur, ff. de donat. cauſa mort. l. inſulam, ff. de præſcript. verb. & quæ vtrobique notantur.

Et cum hodie nuda conuentione donationes valeant, d. l. ſi quis argentum, §. ſin autem, C. de donat. ſine dubio præfata conuentio d.

l. licet,

l. licet, in vim reciprocæ donationis cauſa mortis, valebit inter priuatos; quod innuit Decius, d. nu. vlt. dum id propterea reprobabat, quod donatio nuda pactione ſtare nequiret. Et hæc reſolutio ex dictis ſuadetur, quibus oſtendimus inter priuatos prædictam ſcripturã, (vt is qui ſuperuixerit, alterius rebus potiatur) non eſſe ſimpliciter improbatam, ſed tantum non poſſe procedere in vim ſupremi iudicij, propter defectum ſolennitatum, quæ ad illud à iure vſque ad ſuperſtitionem requiruntur.

50 Ex quibus † colligitur, prædictam l. licet, nihil ab ſpeciali concludere contra ſupra poſitam ſententiam, qua dicebamus coniuges ſe inuicem inſtituere poſſe in eadem charta: ſed duntaxat concludit, quod ſi vtantur illa forma, cuius meminit d. l. licet, tunc illorum reciproca conuentio non valebit in vim ſupremi iudicij, quamuis adhuc aliqualiter valere ſupra oſtendimus.

Atque ita ſi extra terminos d. l. licet, priuati vtantur forma ſolemni, hoc eſt, ſolemnitatibus à iure requiſitis in teſtamentaria diſpoſitione, tunc mutuo facta ſucceſſio non improbabitur (quod ſi intendit mens Vallaſei d. cõſ. 7. nu. 6. ad fin. ſaluari poteſt, quod facile credendum eſt de viro emunctę naris, quem ſupra reprobauimus in alio ſenſu.) nam quem effectum extorſit priuilegium militare, in d. l. licet, eundem operatur ſeruata ſolennitas in paganis. nec enim ibi aliud obſtitit, quam ſolennitatum defectus, qui non obeſt militibus, quibus ſunt omnes ſolennitates remiſſæ, d. princip. Inſt. de teſtam. milit. & ſi aliquod vitium ineſſet contra bonos mores, præter ciuilem obſeruationem, nec in militibus procederet, vt ſupra rectè aduertimus.

Conſtat igitur d. l. licet, vt oportet, explicatam, apertè facere pro noſtra opinione, qua mutuam coniugum inſtitutionem in eadem charta probamus, innuit vltra alios, in terminis Gama, de deciſ. 231. numero 5. in fine.

51 Quamquam † autem admittamus hanc reciprocam coniugum inſtitutionem ſecuram à vitio, propter mutuam affectionem à iure merito præſumptam: non proinde tamen id admittemus, ſi vnus tantum ex coniugibus vtramque inſtitutionem ſua manu conſcripſerit; nam Liboniani Senatusconſulti diſpoſitio in his terminis remiſſa non eſt, ſicut remiſſa fuit in captatoria voluntate, vt probat l. captatorias, 70. iuncta gloſ. verbo, Senatus, ff. de hæredibus inſtit. vt ſupra explicauimus. & hanc reſolutionem probat l. quæ in teſtamento, 4. C. de his, qui ſibi aſcribunt. eleganter, eruditè, ac latè defendit Luſitanus Gama, deciſ. 231. per tot.

52 Quia tamen † Gama ibi non ſatisfecit illi argumento, quod pro contraria adducebatur, de l. quod autẽ. §. ſi vir, & vxor, ff. de donat. inter virum & vxor. vbi permittitur inter coniuges reciproca donatio, cum alias ſimplex non valeat, l. 1. & per tot. eodem tit. ex quo ſequebatur, quod licet maritus non poſſit ſibi adſcribere in teſtamento vxoris, d. l. quæ in teſtamento, nihilominus tamen reciproce inſtituendo poterat. Nunc reſpondetur, longam dari differentiæ rationem inter noſtrum caſum, & caſum reciprocæ donationis; quod vt percipiatur, aduerte, inter coniuges propterea prohibitas eſſe donationes, ne mutuo amore ſpolientur, l. 1. ff. eodem tit. cum duabus ſequẽtibus. vnde illæ tantum apparent reprobatæ, quibus coniux donans factus eſt pauperior, & alter locupletior ſimul, l. ſi ſponſus, §. vlt. in fine, ff. eodem tit. de donat. inter virũ, & vxor. quia tunc militat ſupradicta ratio prohibitionis. Cum autem in donatione reciproca, vtrinque facta compenſatione inter coniuges, nec donans pauperior, nec donatarius locupletior factus maneat, nihil mirum, quod inter eoſdem valeat prædicta mutua donatio, iuxta d. §. ſi vir, & vxor, vtpote, ceſſante ratione prohibitionis, ſiue nullitatis.

Immo d. §. ſi vir & vxor, non ſimpliciter admittit reciprocam inter coniuges donationem, ſed tantum per compenſationem, id eſt, in concurrentem quantitatem, ita, vt ſi adhuc alterutrius donatio excedat compenſationem factam, in exceſſu non valeat; quod innuit d. §. ſi vir: nam in exceſſu ceſſat compenſationis ratio, iuxta l. 1. ff. de compenſat. Itidem, & aliàs facile fraudarentur leges irritantes inter coniuges donationes, ſi reciprocè factæ indiſtinctè valerent; cum modico recepto, immodicè elargiri potuiſſet alter alteri ex coniugibus.

Conſtat igitur, in donatione reciproca inter coniuges omninò & in vniuerſum ceſſare legalis prohibitionis rationem; vnde nil mirum, quod teneat. At prohibitio, ne quis ſibi adſcribat, & illius ratio, non ceſſat in noſtra ſpecie, vt colligitur ex d. l. quæ teſtamento, C. de his, qui ſibi adſcrib.

53 Vnde in † terminis propoſitis, inſtitutio, quam pro ſe facit, quilibet coniugum, valida manebit: illa verò, quam pro altero, inutilis erit, & pro non ſcripta, d. l. quæ in teſtamento, l. 1. ad finem, ff. de his, quæ pro non ſcriptis; & ita valebit tantum ſcribentis teſtamentum; notat citatus Gama, d. deciſ. 231. numero vlt.

54 Quæ † tamen reſolutio primò limitanda eſt, quando ſcilicet alter ex coniugibus, qui iubente altero ſe inuicem ſcribit heredem, ab

inteſtato

Digitized by Google

inteſtato ſucceſſurus erat, ex titulo, vnde vir, & vxor: quia nimirum deficiebant legitimi hæredes; vel ex eo, quia proximior agnatus ex tit. vnde legitimi, vnde cognati: nam tũc ſuſtinerem dictam inſtitutionem, propter inutilem circuitum euitandum, argumento text. elegãtis in ſimilibus terminis, in l. 1. C. de his, qui ſibi adſcribunt. & eorum, quæ ibi notant Baldus, & reliqui.

55 Deinde † limitanda eſt, quando alter ex cõiugibus (cuius iuſſu alter ſibi adſcripſit) in fine ſubſcribat, ſe ea dictaſſe, & recognouiſſe, l. Diuus, §. item Senatus, ad fin. ff. ad legem Corneliam de falſis. vel aliter intercedat quælibet recognitio, vt notat Gama, d. deciſ. 231. num. 4.

56 Licet autem † ſupra dixerimus, reciprocam inſtitutionem ab vno tantum ex coniugibus factam omnino improbari Senatusconſulto Liboniano, puto tamen coniugem ſcribentem non incidere in pænas eiuſdem S. conſulti: quia mutua affectio, & reciproca inſtitutio fraudem videtur excludere, argumento eorum, quæ tradit Gama vbi proximè, nu. 2. præſertim, ſi contingat vxorem inſtitutionem reciprocè ſibi adſcripſiſſe: nam excuſatur, tum ob obedientiam, quam præſtare tenetur, & ſimul iuris ignorantiam, d. l. Diuus, §. quod tamen, & §. matri, ff. ad legem Cornel. de falſis.

57 Iam igitur † accedamus ad tertium, & vltimum membrum noſtræ diſputationis, quod reſtat diſquirere, an duo quilibet poſſint ſe inuicem in eadem charta hæredes ſcribere? & pro negatiua fortius inſurgunt Vigl. in d. §. igitur, nu. 2. Inſt. de pupillari. Sarmiento, lib. 2. Select. cap. 4. nu. 3. & multo acrius adſtringunt ea, quæ ſupra obiecimus illi ſententiæ, quæ coniugum in eadem charta inuicem factam inſtitutionem admittebat.

Ceterum pro contraria, immò, quod quilibet duo poſſint ſe inuicem hæredes ſcribere, ſtat plurium ſententia, in d. l. licet, C. de pactis, quos latè referens ſequitur Peregrinus, tract. de fideicommiſſis, art. 33. nu. 62. ſentit etiam Luſitanus Vallaſc. d. conſ. 7. num. 6. in fine, dum generaliter aſſerit, d. l. licet, propterea non procedere inter paganos, quia loquebatur de reciproca inſtitutione interueniẽte conuentione, non verò teſtamento facta. Ego durum puto indiſtinctè recipere duorum, pluriumue in eadem charta teſtantium reciprocè factas inſtitutiones, propter multarum captionum ſuſpiciones, quæ inde orientur, vt cum iudicio aduertit Vigl. d. nu. 2. Itidem non eſſet ſatis conſultum vitæ aliquorũ, ſi ita indiſcretè, & citra electionem præfatæ reciprocæ inſtitutiones probarentur.

Vnde mihi perſuadeo, in iure generaliter reprobandas fore, ac debere dictas inter quoslibet mutuo in eadem charta factas inſtitutiones.

58 Attamen, † ſi inter eos vel ſanguinis, vel amicitiæ coniunctio interiaceat, ita vt mutua affectio ad reciprocas inſtitutiones prouocet; ſine dubio in eadem charta valebunt: vt ſuadetur ex dictis in præcedenti quæſtione, propter ſimilem affectionis rationem; patebitq; tandem ex ſolutione contrariorum.

59 Nec † obſtabit iam prima difficultas, ex ſupicione captandæ mortis alterius: quia hæc ſuſpicio, ratione affectionis ſuppoſita, ex præſumptione iuris ceſſat; & quamuis quid ſiniſtrum aliquando poſſit contingere, iuxta illud Ouidij in Metamorph. *Fratrum quoque gratia rara eſt*, &c. id tamen, vel arcebitur formidine pœnæ, vel ſi contingat, caſtigabitur ademptione vitæ, & bonorum, vt latè per Luſitanum Cabedo, deciſ. 58. nu. 1. & deciſ. 81. num. 8.

60 Non obſtat † ſecundum, ex l. captatorias, 70. ff. de hæred. inſtit. iam enim ſupra oſtendimus, captatorias inſtitutiones non improbari inter eas perſonas, in quibus mutua affectio ad mutuam inſtitutionem prouocat. Accedit: quia (vt ſupra aduertimus) hæc reciproca inſtitutio non fit in forma captatoriæ.

61 Denique † non obſtat, immò maximè iuuat hanc ſententiam d. l. licet, C. de pactis, dum in principio generaliter loquitur de quibuſuis priuatis, ſibi inuicem, & in eadem charta ſuccedere diſponentibus; vbi talis diſpoſitio ex eo tantum reprobatur inter paganos, quod non fuerit ſeruata ſolennitas a iure poſtulata ad confectionem teſtamentorum, vt ſupra demonſtrauimus. Deinde, ex eo facit, quia admittit eandem reciprocam in eadem charta ſucceſſionem inter milites; in quibus alias non remittitur fraus, & deceptio, vt patet ex l. captatorias, C. de teſtam. milit. ergo ſeruata ſolennitate idem dicendũ eſt in paganis. Tandem dum exemplificat in fratribus militibus; & quamuis exemplum non reſtringat regulam, oſtendit tamen, in quibus terminis militet. Vnde colligemus ex d. l. licet, concedi reciprocam inſtitutionem duorum, pluriumue in eadem charta, ſi ab illis exulet captandæ alterius mortis ſuſpicio; & ſimul teſtamentariæ ſolennitates ſeruentur.

SVMMARIVM.

Latè ac nouè agitur de intellectu §. ſeruus etiam alienus, verſ. cum etiam, Inſt. de hæred. inſtit. à numero 1. & præcipuè, à numero 15. cum ſeqq.

Refer-

Digitized by Google

Refertur, & reprobatur intellectus Connani, & aliorum. ibidem.

Refertur, & reprobatur intellectus Eman. à Coſta. num. 2.

Poſthumus alienus antiquitus de iure pretorio poterat inſtitui, & habebat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. num. 3.

Capacitas ſerui prouenit à capacitate domini, ſed eſt diuerſa ab illa. ibidem.

Vulgaris litera noſtri text. in verſ. cum etiam, eſt vera, receptior, ac tenenda. nu. 4.

Refertur, ac latè reprobatur Viglij intellectus. à numero 5.

Seruus, qui in hæreditate eſt, adeunte hærede deſinit eſſe hæreditarius. ibidem.

Semper poſthumo ſuo legari potuit, alieno verò de iure nouo. nu. 6.

Licet poſthumo alieno inutiliter antea legaretur, ſi tamen iam erat in vtero tempore teſtamenti, noue defenditur illi ſemper legari licuiſſe. numero 7.

Qui in vtero eſt, iam aliqualiter in rebus humanis exiſtit, & eius in iure multoties habetur ratio. num. 8.

Qui eſt in vtero, fictione iuris, & per rerum naturam iam certus eſt. nu. 9.

Poſthumis alienis, qui erant ex liberis, ſi in vtero exiſtebant, legata etiam olim præſtanda erant, ex tit. de legatis præſtandis. nu. 10.

Olim inſtitutio poſthumi alieni, quamuis in vtero eſſet, non valebat. nu. 11.

Poſthumo naſcituro etiam alieno, donari poterat, & in eo maioratus conſtitui. nu. 12.

Argumentum identicum nihil concludit, quando ſcilicet eadem eſt ratio cum dicto. numero 13.

Agitur de intellectu l. eius ſeruum, 64. ff. de hæred. inſtit. numero 34. & præſertim à num. 26.

Quid ſignificet in iure, argumentum. *d. numero 14.*

Quod ſit diſcrimen inter argumentum, & illationem. ibidem.

In hæreditate duplex datur fictio, ſcilicet dum iacet, & dum aditur. num. 15.

Duplex illa fictio, quæ in hæreditate reperitur, nunquam poteſt concurrere. nu. 16.

Obiter intelligitur l. hæreditas etiam, ff. de petit. hæredit. ibidem.

Ratio inducendæ perſonæ fictæ in hæreditate iacente. ibidem.

Ratio inducendæ fictionis, qua creditur hæres à tempore mortis defuncti adiuiſſe. ibidem.

Obiter colligitur decidendi ratio ad l. 1. & 2. & l. ſi ex aſſe, & l. ſi ſolus, ff. de acquir. hæredit. ibidem.

Perſona ficta in hæreditate iacente capacitatem præſtat ſeruis hæreditarijs. nu. 17.

Quid operatur repræſentatio defuncti poſt aditam hæreditatem. ibidem.

Inſtituto ſeruo hæreditario iuſſus hæredis futuri ſpectandus eſt. nu. 18.

Is, qui eſt in vtero, quoad ſui commoda cenſetur natus à tempore conceptionis. nu. 19.

Quid inducit fictio perſonæ in hæreditate iacente, & quid in eo, qui in vtero eſt. nu. 20.

In quibus æquiparatur hæreditas iacens, & is, qui eſt in vtero. nu. 21.

Quid dedit cauſam fictioni perſonæ in hæreditate iacente, & in eo, qui in vtero eſt, vt cenſeatur retro natus. nu. 22.

Capacitas ſerui eius, qui eſt in vtero, ab ipſo vtero ſumitur. nu. 23.

Facilius procedit inſtitutio ſerui, qui reſeruatur poſthumo poſtea naſcituro, quam qui eſt eius, qui iam in vtero eſt. nu. 24.

Seruus poſthumi nondum concepti, poteſt inſtitui. num. 27.

Seruus poſthumi nondum concepti, ab illo nequaquam capacitatem ſumit. ibidem.

Hæreditas iacens non poteſt inſtitui, à numero 28. nec ipſa capax eſt in ſe, licet efficiat capaces. ibidem.

Vt hæreditas adeatur, requiritur omninò factum inſtituti. nu. 29.

Ius adeundi non eſt conſiderabile, nec eſt in bonis, & conſequenter intranſmiſſibile. ibidem.

Differentia inter poſthumum nondum conceptum, & hæreditatem iacentem. num. 30. & in quo adhuc æquiparari poſſint. ibidem.

C A P V T XI.

Ad Imp. in §. ſeruus etiam alienus, verſ. cum etiam, Inſt. de hæredib. inſtituend.

1 SCribit Cæſar. *Cum † etiã eius, qui in vtero eſt ſeruus rectè hæres inſtituatur.* In iſto verſ. maximam ponunt Doctores difficultatem, ex eo, quòd generaliter dicat inſtitutionem ſerui eius, qui in vtero eſt, validam eſſe: Nam inquiunt, vel is, qui in vtero exiſtebat, erat poſthumus alienus, vel ſuus: ſi ſuus, reſoluebant, rectè præcedere verſ. noſtrum; quia tunc ſeruus rectè mutuabatur capacitatem à poſthumo qui poterat inſtitui, iuxta l. placet, ff. de liberis, & poſth. & iam non obſtabat regula, l. ſi mihi; 12. §. regula, ff. de legatis 1. & ita in ſpecie Connan. lib. 10. Comment. iuris, cap. 3. nu. 5. Si

Digitized by Google

5. Si verò alienus poſthumus eſſet, tunc inquiunt, non poſſe procedere noſtrum verſ.

Verum hic intellectus nimis reſtringit literam generaliter loquentem, dum coanguſtat ad caſum poſthumi ſui, & de poſthumo alieno loqui; manifeſte concludit Eman. à Coſta, in repet. §. poſthumus, num. 6. cum ſequenti, Inſt. de legatis.

Deinde prędictus intellectus corruet ex eo, quia alia eſt vera dubitandi, ac decidendi ratio ad noſtrum verſ. vt ex infra dicendis oſtendetur.

2 Præterea, † Coſta vbi ſupra, num. 7. putat noſtrum verſ. cum etiam, iam hodie non habere dubitationem in eo, quod ſeruus poſthumi alieni poſſit inſtitui: cũ & ipſe poſthumus de iure ciuili iam inſtitui valeat, d. §. poſthumus, Inſt. de legatis, princip. Inſtitut. de bonorum poſſeſs. in quo quidem Coſta tacitè innuit, dubitationem noſtri verſ. (antequam poſthumus alienus poſſet inſtitui de iure ciuili, iuxta terminos l. eius ſeruum, 64. ff. de hæred. inſtit.) proceſſiſſe ab impotentia inſtituendi alieni poſthumi.

Et inde inferebat idem ſubtiliſſimus vir, probabiliorem forſan eſſe literam, quæ ex noſtro verſ. cum etiam, efficit §. quin etiam, vt oſtendatur, iam diuerſa ratione procedere, atque §. præcedentem, in quo de ſeruo hæreditario ſermo erat: quo caſu hæreditate iacente (quæ capacitatem ſeruo præſtabat) hæres inſtitui nequibat: cum tamen iam nunc poſthumus alienus inſtitui poſſit.

Ceterum Coſtæ opinio, & illatio inualida eſt; & quoad primum attinet, dubitatio noſtri verſ. pendebat aliundè, quam ab impotentia poſthumi alieni inſtituendi, vt infra oſtendemus: nec enim text. reſpicit ſeruum poſthumi, quam ſeruum eius, qui in vtero eſt, eo maximè, quia ſi poteſtatem poſthumi (qui eſt in vtero) alieni inſtituendi inſpiceremus, ad effectum, vt eius ſeruum inſtituere poſſemus,
3 † ſufficiebat quidem auxilium Prætoriũ, quo facta in poſthumo inſtitutio exitum obtinebat per bonorum poſſeſſionem ſecũdum tabulas, vt ipſe Coſta agnoſcit, in d. §. poſthumus, nu. 13. Vigl. in præſenti, nu. 5. Quod planè ſatis erat, ne obſtaret l. ſi mihi, 12. §. regula, ff. de legatis 1. iuncta eleganti doctrina I. c. Pauli, in l. debitor, 82. §. vlt. ff. de legatis 2. quam elegantiſs. confirmat Pap. in l. & ſi maximè, 5. ff. de ſeruitute legata, vt ſcilicet quælibet capacitas in domino efficiat, vt alia diuerſa in ſeruo eius emergat, quamuis ſit amplior, vt conſtat ex d. §. vlt. vel ſi poſthumus alienus nondũ eſſe conceptus, adhuc ſeruus, qui ei reſeruatur, potuiſſet inſtitui ſub capacitate eius, qui interim ſeruum ſub ſuo dominio haberet, iuxta interius dicenda; & tunc non eſſet neceſſarium, quod poſthumus potuiſſet inſtitui de iure ciuili.

Deinde Coſtæ mentem maximè eneruaret ſententia Hiſpani Pichardo, (ſi vera eſſet) in præſenti, nu. 15. & in princip. Inſt. de bonorum poſſeſs. qui poſthumum alienum de iure ciuili ſemper inſtitui potuiſſe defendit.

4 Illatio tandem † Coſtæ, eſt contra receptiorem literam, vt & ipſe agnoſcit, d. nu. 7. nam ſemper inſtitutio ſerui hæreditarij, & eius, qui eſt in vtero, pariter concurrit, altera in alterius exemplum, & confirmationem, vt patet ex d. l. eius ſeruum, 64. ff. de hæred. inſtit. quod clariſſimè colligetur ex infra dicendis.

5 Viglius † denique in præſenti, nu. 2. intelligit, propterea ſeruum poſthumi alieni poſſe inſtitui, quia hæreditarius eſt: Nam cum poſthumus, inquit, non aliter poſſit habere dominium ſerui, quam ſi alteri ſit hæres, & ob id ſeruum in hæreditate acquirat: hæreditas autem interim adiri nequeat, vel quod adhuc pẽdet natiuitas poſthumi, l. ventre præterito, ff. de acquirend. hęred. vel quod nondũ natus adire non poteſt; ſequitur hæreditatem iacere, & conſequẽter ſeruum hæreditarium eſſe. Quod iuuari poteſt ex §. poſthumo, Inſt. de legatis, vbi dicitur, poſthumo alieno inutiliter antea legari.

Attamen hæc Viglij interpretatio ceteris deterior eſt, nimis enim literam reſtringit, diuinat, ac violat. Reſtringit literam, dum ſupponit hunc ſeruum fuiſſe relictum in hæreditate, in qua inſtitutus eſt poſthumus; nam non ſemper ſolus inſtitueretur: & dato cohærede, qui interim adire poſſet, (iuxta terminos text. in l. vel ex parte, 6. cum l. ſequenti, ff. de rebus dubijs) ſeruus hæreditarius eſſe deſiuiſſet, vt notant omnes, in l. 1. §. veteres, ff. de acquirenda poſſeſs. & in noſtro tex. nec interim, dum pendet natiuitas poſthumi, aditio hæreditatis impediretur, quia d. l. ventre præterito, loquitur de poſthumis, qui nati rumpunt, ex eo, quod ſint præteriti. Itidem ſi ageremus de legitima hęreditate, in qua poſthumus ſuccedere poterat, & ſeruum acquirere, iuxta terminos l. Titius, cum l. ſequenti, ff. de ſuis & legitimis hæred. opus etiam erat, ne cohęredem in eodem gradu haberet, qui adire poſſet, quo adeunte, ſeruus in hęreditate inuentus, hęreditarius eſſe deſiuiſſet, iuxta ſupra dicta. Et ita ſecundum intellectum Viglij, ſupponenda erant mille adminicula. At text. noſter loquitur tanquam de re vulgari, & quotidiana, & ob id affert argumentum de ſeruo eius, qui in vtero eſt, ad confirmationẽ inſtitutionis ſerui hęreditarij: alioquin comprobaret notum per ignotius, facile per difficile;

cile;

cile, quod eſt abſurdum: conſtat autem eſſe
vulgarem, notam, & facilem inſtitutionem
ſerui hæreditarij.
6 Deinde † ſeruus poterat eſſe legatus ei, qui
in vtero erat. Quod in poſthumo ſuo reſpe-
ctu ſerui legati ſemper fuit extra controuer-
ſiam, §. poſthumo, Inſt. de legatis, ibi: *Poſthu-
mo alieno inutiliter antea legabatur*, &c. Deinde
in poſthumo alieno reſpectu eiuſdem ſerui le-
gati, iam tempore noſtri verſ. cum etiam, cer-
tum erat legari ei poſſe, vt patet ex d. §. poſt-
humo, ibi: *Inutiliter antea legabatur*.
7 Immò † & attento tempore antiquo, puto
legari potuiſſe ei, qui in vtero erat; ſiue ſuus,
ſiue alienus poſthumus foret: nam cum ei, qui
in vtero eſt, in tempus natiuitatis omnia iura
reſeruentur, l. 3. ff. ſi pars hæredit. pet. Et eo
nato retro fingatur à tempore conceptionis in
lucem editus, vtraque l. qui in vtero, ff. de ſta
tu homin. etiam ab illo tempore credetur le-
gatum relictum iam inter viuos exiſtenti; &
ita declarandum opinor d. §. poſthumo, ibi:
Poſthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur,
vt ſcilicet intelligatur in poſthumo nondum
concepto tempore legati: nam tunc nullate-
nus in rebus humanis erat, & omnimodè in-
certus: ex quo duplici capite antiquitus, nec
inſtitui de iure poterat, nec eidem legari, vt
ex Aretino in l. Gallus, col. 4. vbi Alex. nu. 1.
ff. de liber. & poſth. tradit Coſta, in §. poſthu-
mus, nu. 8. Inſt. de legatis; quæ ceſſant in eo,
8 qui in vtero erat tempore legati: † nam & in
rebus humanis iam aliqualiter eſt, & eiuſdem
ratio habetur, vt in dd. ll. qui in vtero, d. l. 3.
ff. ſi pars hæred. in tit. de ventre inſpiciendo;
& in poſſeſſionem mittendo. tex. elegans in l.
cum quidam, 30. §. 1. ff. de acquir. hæred.
Ord. Luſitan. lib. 3. tit. 18. §. 7. cum ſimili-
9 bus. Inſuper † fictione iuris retrotractiua, cũ
naſcitur, creditur à tempore conceptionis edi
tus; & ita ei iam certo cenſura iuris effecto, le
gatum relictum cenſetur, argumento text. in
l. ſed & ſi reſtituatur, ff. de iudicijs, ibi: *In
qua omnia certa eſſent*. l. ſi pater, ff. de ſolutioni-
bus. ibi: *Quia in rerum natura verum fuiſſet*, &c.
§. conditiones Inſtit. de verborum oblig. quod
in poſthumis, qui poſtea concipiuntur, omni
10 nõ ceſſabat. Quam meam † nouam inter-
pretationem effecit Accurt. verb. præſtabun-
tur, in l. 1. §. vlt. §. de legatis præſtand. &
ſcholio 1. in l. 2 infra eodem tit. quidquid eũ-
dem damnet Coſta, in d. §. poſthumus, nu. 15.
& quidem immerito; non enim ſimpliciter
gloſ. dixit, quibuſuis alienis poſthumis ex libe
ris legata relicta præſtanda eſſe, ſed illis tan-
tum, qui concepti erant tempore legati, vt
patet in d. verb. præſtabuntur, dum inquit:
Quia pro natis habentur; quæ ratio reſpicit om
ninò deciſionem dd. ll. qui in vtero, ff. de ſta-
tu hominum, & §. cum autem, Inſt. de tute-
lis. ad quem ſe remiſit Accurt. in d. verbo,
præſtabuntur; quæ gloſſæ opinio ex dictis con
firmatur. in reliquis verò poſthumi, qui po-
ſtea concipiuntur eleganter reſoluit Coſta pro
ximè citato loco.
11 Non † inde tamen inferas, vt ſimile quoad
inſtitutionem ſit, quaſi ſcilicet, etiam de iure
antiquo ciuili valeret inſtitutio poſthumi alie-
ni, qui erat in vtero, id enim refellit I. c. Paulus
in l. Titius, §. Lucius, ff. de liberis & poſthum.
quam eleganter, ac verè interpretatur Coſta,
in d. §. poſthumus, nu. 4. Inſt. de legatis: Nã
nihil inconuenit, in ijsdem terminis concede-
re validitatem legati, inficiari vero validita-
tem, inſtitutionis: etenim attento etiam tem-
pore antiquo, ſecundum Prætorium ius, in-
ſtitutio poſthumi alieni executioni mandaba-
tur interuentu bonorum poſſeſſionis ſecundũ
tabulas, vt obſeruauit Vigl. in præſenti, num.
5. & Coſta, vbi ſupra, nu. 13. & tamen eidem
poſthumo omninò inutiliter legabatur, vt ob-
ſeruant proximè relati, per text. in d. §. poſt-
humo, Inſt. de legatis. Accedit, quod inſti-
tutio hæredis, vtpote caput teſtamenti, §. ante
hæredis, Inſt. de legatis, maiorem videbatur
requirere certitudinem.
Suppoſito igitur, quod ei qui in vtero erat, ſer-
uus legari poterat: diuinare eſſet, fuiſſe hære-
ditarium: cum hærede, à quo legatus eſt ade-
unte, hæreditarij nomen exuat, vt ſupra no-
tauimus.
12 Præterea † etiam prædictus ſeruus poterat
ei, qui in vtero erat, competere ex contractu;
veluti donatione, argumento text. in l. ſi quis
in emancipatum, 26. C. de donat. & eorum
quæ tradit inſignis Molina, de primogenijs,
lib. 4. cap. 2. num. 75. Connan. lib. 5. Com-
ment. cap. 9. nu. 4. & maioratum in naſcitu-
ro conſtitui poſſe, tradit idem Molina, lib. 2.
cap. 11. nu. 46. & tamen in his terminis non
poterat vigere interpretatio Viglij, ergo ma-
nifeſtè reſtringit, ac diuinat.
13 Tandem † apertè violat literam: quia text.
iſte arguit de ſeruo poſthumi, ad ſeruum hæ-
reditarium, ergo debet eſſe à caſu diuerſo, da
ta tamen ſimilitudine rationis; At ſi vtrobi-
que ſeruus hæreditarius eſſet, non argueretur
à ſimili, ſed ab eodem; & maneret argumen-
tum identicum; ſcilicet, ſeruus hæreditarius
inſtitui poteſt, quia ſeruus hæreditarius poteſt
inſtitui: quod eſt contra rectam docendi me-
thodum, cum nihil concludat.
14 Quod † amplius confirmat Iauolenus I. c.
in l. eius ſeruum, 64. ff. de hæred. inſtit. vbi
decidens ſeruum eius, qui in vtero eſt, poſſe in
ſtitui, ita aſſerit: *Idque verum eſſe, manifeſto ar-*

gumento

gumento comprobat, quod ſeruus hæreditarius, priusquam adeatur hæreditas, inſtitui heres poteſt, quamuis is teſtamenti facti tempore nullius ſit; eſſet autem inciuile, dicere, aliquid comprobari argumento alterius, quod ſit idem cũ eo quod probatur, eo maximè, quia verbũ (*argumentum*) denotat probationem collectam à diuerſis, vt colligitur ex l. 1. verſ. huius rei fortiſſimum argumentum, ff. de officio eius, &c. & ex l. ſcribit Quintus Mutius, §. vlt. ad finẽ ff. de auro, & argento. leg. vnde illud profiſciſcitur diſcrimen inter illationem, & argumentum: nam argumentum concludit à diuerſis (vt diximus) at illatio concludit ab eodem: & ideo ciuili adagio dicitur, à diuerſis non fit illatio, l. Papinianus exuli, ff. de minoribus. Et pro hac parte contra Vigl. adeſt Eman. à Coſta, in d. §. poſthumus, à nu. 6. & reliqui in præſenti, dum omnes intelligunt Imp. de ſeruo poſthumi ad hæreditarium, vel è conuerſo, tanquam à ſimili arguiſſe, non tanquam ab eodem.

15 His igitur, † & alijs omiſſis interpretamentis, pro intellectu præmitte primo, in hæreditate dari duplicem fictionem. Primam, qua perſona defuncti adhuc exiſtere creditur in hęreditate iacente, iuxta noſtrum textum, in principio, l. hæreditas enim, ff. de acquirendo rerum dominio, l. mortuo, ff. de fideiuſſoribus. cum alijs. Secundam, qua poſt aditam hæreditatem hæres retro cenſetur a tempore mortis adiiſſe, l. hæres, quandoque, ff. de acquirenda hæredit. text. elegans in l. ſi ex re, §. vlt. ff. de ſtipulat. ſeruorum.

16 Et † quamuis vtraque ſemper detur, & in vtraque repræſentetur defunctus, iuxta ſupradicta, & principium in Auth. de iureiurando à moriente præſtito, collat. 5. vtraque tamen non concurrit ſimul: nam ante aditionem, illa prima ficta perſona conſideratur ſine vllo corpore, & ſolo iuris intellectu, vt innuit l. hæreditas etiam, ff. de petetione hæredit. (de qua alibi latius) inductaque fuit à iure, ne bona alias morte dominorum vacantia, iuxta l. 1. in princip. ff. de rerum diuiſione, primi occupantis fierent, §. feræ igitur, Inſt. eodem tit. Secunda verò perſona, poſt aditionem, conſideratur in corpore exiſtens, hoc eſt, in hærede, qui vbi primum adit, ſtatim retro adijſſe creditur à tempore mortis defuncti, d. l. hæres quandoque, & d. l. ſi ex re, §. vlt. idque ad eum effectum, ne ſcilicet in eadem hæreditate diuerſa repræſentationis ratio pro diuerſo tempore conſideretur, ex teſtamento, v. g. & ab inteſtato, contra regulam l. ius noſtrum, ff. de regulis iuris: nam prima perſona ficta, ſolum continebat bona, ne vacarent, nõ verò demõſtrabat qualitatẽ ſucceſſionis eſſe, vel teſtamentariam, vel legitimam; id enim pendebat ab euentu, an ſcilicet hæres adiret: vnde obiter deriuabis decidendi rationem ad l. 1. & 2. ff. de acquirenda hæredit. & ad l. ſi ex aſſe, & l. ſi ſolus, infra, eodem tit.

17 Licet † autem per vtramque ſupradictam fictam perſonam defunctus repræſentetur, & vtraque capacitatem poſſit præſtare ſeruis in hęreditate repertis, diuerſimode tamen euenit: nam dum ſunt in hæreditate iacente, adhuc ab antiqua tantum capacitate defuncti, ſuam mutuantur, ſi cum defuncto fuit teſtamenti facto, noſter §. in princip. ibi: *Nondum enim adita hęreditas*, &c. text. elegans in l. ſeruus, 52. ff. de hęred. inſtit. in l. in eo, §. vlt. cum l. ſequenti, & in l. hæreditas in multis, ff. de acquirendo rerum dominio. Poſt aditam verò hęreditatem, hæredis tantum capacitas conſideratur, & innuunt proximè relata iura: nam repręſentatio defuncti, quæ adhuc in hærede adeunte conſideratur, eſt ſolum ad effectum, vt ipſe hęres adſtringatur diſpoſitionibus, quas defunctus ſeruari voluit, iuxta d. Auth. de iureiurando à moriente præſt. collat. 5. itidem, & obligationibus ſoluendis, iuxta text. in l. quæ dotis, & quæ per ipſum notant Doctores, & nouiſſimè Barboſa ibidem, ff. ſoluto matrimon. Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, Trebellianicę, nu. 10. de teſt. in 6. Luſitanus quoque Caldas, in rep. l. 3. verbo, hunc contractum, num. 3. C. de in integr. reſt. minor. nam ſerui, & reliqua bona, quæ ad hæredem peruenerunt, iam facta ſunt ipſius patrimonium per aditionẽ, l. 2. §. 1. ff. de crimine expil. hæred. notãt oẽs, in Rubr. ff. de acquir. hæred. vbi Alex. nu. 8. & n. 11. & eſt vulgare.

18 Immò, & † licet hæreditas iacens capacitatem pręſtet ſeruis hęreditarijs; iuſſus tamen hęredis futuri ſpectatur ad adeundum, notat Vigl. in pręſenti, nu. 1. & reliqui Doctores, tum ex ratione l. hæreditas in multis, 62. ff. de acquirendo rerum domin. tum etiã, ne hæres futurus dominus, ex voluntate ſerui ęri alieno adſtringatur, argumento text. in l. qui in aliena, ff. de acquir. hæredit.

19 Pręmitte † ſecundò, in eo, qui in vtero eſt, dari quandam fictionem translatitiam de tempore ad tẽpus, per quam natus fingitur retro à tempore conceptionis in lucem editus, iuxta ll. qui in vtero, ff. de ſtatu hominum, & ex tunc iura ſibi competentia acquiſiuiſſe, quæ interim ſuſpenſa erant in tempus natiuitatis, l. 3. ff. ſi pars hęredit. petat. nam eo nato, & extremo à quo, habili effecto, incipit fictio translatitia, retro ferens omnes effectus iam nati ad tempus conceptionis, text. elegans in l. cum quidam, 30. §. 1. ff. de acquir. hæredit. de quo alibi latius Deo duce agemus.

Præ-

Digitized by Google

20 Præmitto † tandem, fictionem perſonæ in hęreditate iacente, reducere id, quod fuit, & iam nunc non eſt, vt patet ex noſtro tex. in principio, & d. l. in eo, §. vlt. cum l. ſequenti, ff. de acquir. rerum domin. At fictionem eius, qui eſt in vtero, trahere in præſens id, quod futurum ſperatur, dd. ll. qui in vtero, & ita vtraque fictio conuenit in eo, quod attēto tempore præſenti nulla vera perſona datur, diſcrepat uerò, quod prima præteritum, ſecunda futurum in præſens trahit ad varios iuris effectus.

21 Quibus præmiſſis, † reſoluendum puto, Imp. in præſenti cōprobare conantem inſtitutionem in ſeruo hæreditario, adduxiſſe argumentū de ſeruo eius, qui eſt in vtero, ſicut è conuerſo, Iauolenus inſtitutionem ſerui eius, qui eſt in vtero, comprobauit argumento inſtitutionis factæ in ſeruo hæreditario, in d. l. eius ſeruum, ff. de hæred. inſtit. Similitudo autem colligitur ex dictis: nam ſicut ſeruus hæreditarius attento ſtatu præſenti verum dominum non habet, d. l. eius ſeruum, ibi: *Quamuis is teſtamenti facti tempore, nullius ſit* text.; elegans, in l. vlt. ff. de crimine expil. hæredit. l. 1. ff. de rerum diuiſione, ita ſeruus eius, qui in vtero eſt, interim nullius eſſe à parte rei cenſetur, l. vlt. ff. de collat. bonorum, & ſicut fictione iuris in hæreditate iacente perſona defuncti ficta continuari dicitur, d. l. in eo, §. vlt. cum l. ſequenti, ff. de acquir. rerum domin. ita in eo, qui eſt in vtero, iam perſona eius conſideratur nata, quoad eius commoda, dd. ll. qui in vtero, ff. de ſtatu homin. Et ſicut hęreditas iacens, prout perſonæ vicem ſuſtinet, capacitatem præſtat ſeruis hæreditarijs, ita etiam ſuſpenſum ius eius, qui eſt in vtero capacitatem confert ſeruis, qui eius eſſe ſperantur iam ab eo tempore, à quo conceptus eſt, poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine, argumento text. in l. penult. §. pater, ff. de caſtr. pecul. & ſicut tandē hæreditati iacenti ſuperuenit vera perſona per aditionem hæreditatis, quæ retro pro illo tempore dominus cenſetur, d. l. hæres quandoque, ff. de acquir. hæred. l. ſi ex re, §. vlt. ff. de ſtipul. ſeruorum, vbi propterea licet ſeruo hæreditario ſtipulari futuro hæredi, ita etiam per natiuitatem eius, qui ante erat in vtero, vera perſona exit, quæ retro ante a tempore conceptionis in lucem edita cenſetur, dd. ll. qui in vtero, vnde colligitur verus ſenſus, in quo poteſt accipi dictum Aretini, in l. Gallus, col. 4. ff. de liber. & poſth. qui hęreditatem iacentem poſthumo alieno comparabat.

22 Ex quibus † iam patet, mentem Cæſaris, & Iauoleni fuiſſe, comparare vtramque inſtitutionem, & comprobare alteram alterius exemplo. Itidem rationem dubitandi in eo conſtitiſſe, quod licet poſthumus alienus antea potuiſſet inſtitui, ſaltem de iure Prætorio, §. poſthumus, Inſt. de legatis, vbi Coſta, n. 13. Vigl. in præſ. n. 5. & nunc etiam de iure ciuili, text. in princip. Inſt. de bonorum poſſeſſ. id tamen non poterat efficere, vt interim capacitatem præſtare ſeruis, qui eis in tempus natiuitatis reſeruantur: quod etiam militabat in ſeruis eorum, qui iam erant in vtero; quia perſona ficta, quæ in hęreditate iacente conſideratur, & quæ ſeruis hæreditarijs capacitatem præſtat, publicæ neceſſitatis cauſa recepta fuit, de qua ſupra; & non videbatur porrigenda ad eum caſum, quo inſtituitur ſeruus eius, qui eſt in vtero. Verum, quia etiam vtilitatis publicæ cauſa receptum eſt, vt qui in vtero ſunt, iam tunc nati cenſeantur, dd. ll. qui in vtero, §. cum autem, Inſt. de tutelis, æquum viſum eſt, vt illa fictè nata perſona, capacitatem cōferret ſeruis quorum dominium in natiuitatem eidem reſeruatur, & ita idem operetur ficta perſona, quæ in hęreditate iacēte neceſſitatis cauſæ inducitur, ac illa quæ ab vtero vtilitatis cauſa procedit, iuxta ſuprapoſitam vtriuſque ſimilitudinem.

Nec obſtat, quod ſeruus eius, qui in vtero eſt, interim debet exiſtere ſub dominio alicuius (cum non nato, perinde ſit, ac ſi nunquam ei reſeruaretur, argumento text. in l. vtrum, ff. de reb. dubijs) ergo capacitas ab eo, & non ab utero capienda eſt. Etenim reſpondetur, quod ſuppoſito, quod iſte ſeruus reſeruatur ventri iam concepto; & multoties eius nomine poſſeſſio capitur, iuxta tit. ff. de uentre in poſſeſſ. mitt. eiuſdem iam ex tunc cenſetur, ſuppoſita fictione dd. ll. qui in vtero, ff. de ſtatu homin. vbi gloſ. plura ſimilia congerit, quam fictionē voluit conſeruare teſtator, qui talem ſeruum inſtituit ſub contemplatione eius, qui in vtero erat; vnde nihil mirum quod ab vtero capacitatem capiat. Quod innuit Cæſar in præſenti, ibi: *Cum etiam eius, qui in vtero eſt, ſeruus*, &c. Argumentum verò euincet in eo, qui nondum conceptus eſt, vt infra tangemus.

23 Vnde † primo infertur, quod ſi ille, qui in vtero eſt, natus capax non foret, non poſſet etiam prodeſſe inſtitutio in eius ſeruo: cum capacitas ab eo deriuanda ſit, iuxta ſupradicta; argumento text. in l. ſeruus, 52. ff. de hæred. inſtit. iuncta ſuprapoſita æquiparatione hæreditatis iacentis, & eius qui eſt in vtero.

Si autem abortus fiat, quo caſu retinetur in dominio alterius, à quo capacitatem habere poteſt, cui acquirere debeat, dubitationis eſt. Quā quæſtionē reſoluemus in cap. ſequenti, vbi agemus de ijs, qui inſtituuntur contēplatione aliorum, quibus acquirere non poſſunt.

24 Infertur † ſecundò, facilius poſſe procedere inſtitutionem ſeruorum eius, qui adhuc non eſt in vtero, quam qui iam in vtero

Digitized by Google

erat: nam inſtitutio ſerui reſpectu vteri, cuius
eſſe ſperatur, ab illo debet capacitatem mutua
ri, quod iuris rigori repugnabat, propter l. vlt.
ff. de collat. bonorum. At quando inſtituitur
ſeruus, qui ſeruatur ei, qui nondum conce-
ptus eſt, ſed quandocunque naſci ſperatur, ve-
rum quidem eſt, teſtatorem inſtituere contem
platione futuri poſthumi, non tamen quate-
nus iam aliqualiter ſit futuri poſthumi, & ab il
lo capacitatem aucupetur, (cum id ſit impoſ-
ſibile) ſed quatenus interim capacitatem ha-
bet ab aliquo alio domino, qui naſcituro poſt
humo dare tenetur, vel ab hæreditate iacen-
te: quo caſu vel nulla, vel minor dubitatio
erat. An autem ſeruus, qui reſeruatur poſt-
humo alieno nondum concepto, inſtitui poſ-
ſit, inferius tangemus.

25 Infertur † tertio, efficaci ſpiritu Imper. in
præſenti poſuiſſe illa verba: *Eius, qui in vtero
eſt*; quia cum ageretur de ficta perſona, quæ
capacitatem ſeruis præſtare poſſit, vt omni-
modam induceret comparationem cum ſer-
uo hæreditario, opus erat, vt ſeruus inſtitutus
eius foret qui in vtero eſſet, ad effectum, vt
eo nato, iam retro à tempore conceptionis in
lucem editus intelligeretur, vt ſupra oſtendi-
mus: & ita vtrobique tam in ſeruo hæredita-
rio, quam in ſeruo vteri, capacitas præſtatur
per fictionem, vel eius qui fuit, vel eius qui eſſe
ſperatur; quæ vltima fictio, requirit omnino
conceptionem, vt patet ex dd. ll. qui in vtero,
ff. de ſtatu homin. & latius infra oſtendemus.

26 Vnd † ſubinferes d. l. eius ſeruum, 64. ff. de
hæred. inſtit. ibi: *Eius ſeruum, qui poſt mortem
meam natus erit*, &c. dum loquitur de poſthu-
mo alieno, vt tenet Coſta, in d. §. poſthumus, à
num. 6. Inſt. de legatis, intelligi debere de eo,
qui iam erat in vtero tempore teſtamenti,
tunc enim verificantur verba illa: *Eius ſeruum*;
quę aliquo modo, ſaltem fictè, oſtēdunt domi-
nium poſthumi in ſeruo tempore teſtamenti.
Deinde, in hoc tendit comparatio, ſimilitudo,
& argumentum quod ibidem adducit Iauo-
lenus ex ſeruo hæreditario, qui interim ſub do
minio ficto eſt, l. hæreditas in multis, ff. de ac-
quir. rerum domin. iunctis ſupradictis. Tan-
dem hoc explicat Imper. in noſtro verſ. cum
etiam, vbi in iiſdem terminis oſtendit ſeruum
debere eſſe eius, qui in vtero eſt.

27 Secundum † quæ, non benè ex d. l. eius ſer-
uum, deducit Coſta, in §. poſthumus, n. 6. Inſt.
de legatis, remedium, quo poſthumi alieni at-
tento tempore antiquo effectualiter de iure ci
uili inſtitui poſſe exiſtimarentur, ſi videlicet eo
rundem ſerui inſtituerētur: nam licet opinio-
nem non damnem, quia ſerui, qui reſeruantur
poſthumo nondum concepto, poterunt inſti-
tui ſub ea capacitate, quam habuerint eorum
domini, qui in præſentiarum ſunt: nec enim
id, quod nullatenus eſt in rerū natura, aliquem
pōt operari extra ſe effectū, iuxta vulgare nota
tū, in l. eius qui in prouincia, ff. ſi cert. petat. &
quāuis ipſi poſthumi alieni ēt poſtea concipiē
di, potuiſſent antiquitus de iure Prætorio, &
nunc de ciuili, inſtitui, id tātum oſtendit in po-
ſterū potentiā paſſiuā, quaſi teſtatores hæredi
tatē conferant in tēpus, quo poſthumus acqui-
ri poſſit, argumento text. in l. in tempus, 62. ff.
de hæred. inſtit. non verò, quod poſſint iam ex
tunc capacitatē conferre ſeruis qui eis reſeruā
tur, quā ipſi nō habent, nec habere poſſunt de
præſenti. Quāuis itaq; non damnem, immò ad
mittā opinionem eorū, qui tenent poſſe inſti-
tui ſeruum poſthumi alieni, ēt nondum conce
pti, ſecurè tamen puto, non cōprobari ex d. l.
eius ſeruū, in qua duntaxat agitur de inſtituen-
do ſeruo eius, qui in vtero eſt; vt ab illo cenſea
tur ſeruus capacitatē mutuari, ſicut ſeruus hę-
reditarius ab hæreditate iacente; cuius argu-
mentum adducit I. conſultus ibidem: quod
neutiquam cōcluderet, niſi poſthumus aliquid
effectiuè operaretur circa capacitatem ſerui,
alioquin longa patebat differentia ratio inter
ſeruum hæreditarium, & eum, qui reſeruatur
poſthumo poſtea concipiendo, vt ex proximè
dictis colligitur.

28 Tandem † falſo infert Coſta, in d. §. poſthu
mus, nu. 7. Inſt. de legatis, dum ex eo, quod in
noſtro §. ſeruus ēt, verſ. cum ēt, Imp. adducit
exemplum ſerui eius, qui in vtero eſt, in confir
mationē inſtitutionis in ſeruo hæreditario: col
ligit ipſe, quod ſicut hodie valida eſt de iure ci
uili inſtitutio poſthumi alieni, cuius ſeruus hic
inſtituitur; ita etiam valida ſit inſtitutio hære-
ditatis iacentis, de cuius quoque ſeruo inſtituē
do ſermo erat, vt ita argumentum ab Imper.
adductum non ſolum probet inſtitutionem
ſerui hæreditarij, & eius, qui in vtero eſt, vali-
dam eſſe, ſed etiam valere inſtitutionem ipſius
hæreditatis, ſicut & is, qui in vtero eſt poſthu-
mus alienus, poteſt inſtitui.

Verum præpoſtera eſt hæc illatio, & falſa;
in primis enim comparatio, & argumentum,
quod Imp. adducit, non tendit in poſthumū
alienum generaliter, & indiſtinctè: nec de hoc
ſermo eſt in præſenti, ſed potius, de eo tātum,
qui in vtero eſt, propter ſupradictas rationes.

Itidem & inſtitutio hæreditatis iacentis ab-
ſona ſemper iudicari debet, quidquid etiam
Ioannis Fabri autoritate firmetur in noſtro
§ ſeruus etiam: nam hæreditatis iacentis capa
citas ſolum operatur effectiuè, non vero contē
tiuè, hoc eſt, facit capaces ſeruos, quos habet,
ipſa verò non continetur ſub capacitate, præ-
cipuè, quia iſta perſona ficta ſolum conſidera-
tur, dū bona iacent: adeunte vero hęrede, rece
dit,

Digitized by Google

dit, ac ſi eo tempore non extitiſſet, ex diſpoſitione l. hæres quandoque, ff. de acquir. hæred. l. ſi ex re, §. vlt. ff. de ſtipulat. ſeruorum, & ſupra notauimus; vnde ſequebatur, euaneſcere debere inſtitutionem in ea factam.

29 Deinde † ſemper inſtituti voluntas inſpicitur quoad aditionem, l. 3. C. de hæred. inſtit. vbi notat gloſ. & Doctores; at in hæreditate iacente id conſiderari nequit, nec enim adire, aut velle adire poteſt, cum ſit facti, l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum dominio. id autem, quod facti eſt, non poteſt ab hæreditate iacente expediri, vt exprimit I. c. in l. hæreditas in multis, ff. de acquir. rerum domin. Nec ſatisfaciet, qui dixerit, id fieri poſſe per hæredem poſtea adeuntem, quia eſſet tranſmittere hæreditatem non aditam, & ſicut defunctus, ſi inſtitutus decederet, non tranſmitteret, l. vnica, §. in nouiſſimo, C. de caducis tollend. ita etiam hæreditas, quæ perſonam defuncti ſuſtinet, (ſi ipſa inſtitueretur) non tranſmitteret. Nam id tantum in hæredem hæreditas transfundit, quod ipſius hæreditatis fuit, l. 1. §. Scæuola, ff. ſi is, qui teſtamento liber eſſe, & ibi: *Quia hæreditas in eum* (ſcilicet hæredem) *quod eſt hæreditatis, id tantum transfundit*, &c. innuit gloſ. ibidem, verbo, hæreditatis, dum exemplificat in dominijs, & iuribus; pro iuribus verò intelligit iura formata, quæ præſtant ius agendi, vel perſequendi; & ita in hæredes tranſmiſſibilia ſunt, l. hæres in omne, ff. de acquir. hæredit. ius autem adeundi hæreditatem non eſt ex dictis, nec in bonis eſt, elegãter Socinus in l. qui duos, n. 31. ff. de rebus dubijs. Luſitanus Cabedo deciſ. 09. n. 2. tomo 1. Coſta in d. l. qui duos, §. cum in bello, verbo, bona vindicaret, nu. 4. & propterea non traſmittitur in hæredem, vt probauimus.

Accedit, quia ex l. debitor, 82. §. vlt. ff. de legatis 2. manifeſtè colligitur, hæreditatem iacentem inſtitui non poſſe, vt eleganter deducit Raph. Cuman. in l. non minus, §. 1. de hæred. inſtit. & hoc nulla apparet lege emendatum; nec per ſubauditos intellectus legum, correctio inducenda eſt, l. præcipimus, ad finem, C. de appellationibus, ergo, &c.

30 Comparatio † autem poſthumi alieni nihil euincit: quia licet de iure ciuili nunc, & antiquitus de iure Prætorio inſtitui poſſet, (vt ſupra probauimus) id tamen nitebatur in eo, quod vera perſona ac certa ſpectabatur, qua nata, effectum ſortiebatur ante facta inſtitutio; & poſthumo non nato, perinde erat, ac ſi facta non eſſet, l. verum, iuncta præcedenti, ff. de rebus dubijs. At in hæreditate iacente, prout defunctum repræſentabat, nunquam poterat ſpectari perſona vera eiuſdem (nec in hæredem inſtitutionis tranſmiſſio fieri poterat, iuxta ſupradicta) ergò, ſtatim debet euaneſcere inſtitutio, & omninò inutilis eſt, ſicut diximus in poſthumo non nato, cui non nato quoad hunc effectum inſtituendi comparari adhuc poteſt hæreditas iacens.

SVMMARIVM.

Latè agitur de concordia l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. l. liber homo, 19. ff. eodem tit. l. aditio, 45. verſ. vlt. ff. de acquir. hæredit. à num. 1. per tot.

Homo liber bona fide poſſeſſus extra duas cauſas, ſcilicet operam ſuam, & rem domini putatiui, illi non acquirit, ſed ſibi. n. 2.

Homo liber bona fide poſſeſſus, eſt capax omnis obligationis, & obligatur inuicem cum domino putatiuo. ibidem.

Aditio hæreditatis non eſt in opera. nu. 3.

Explicatur d. l. aditio, in principio, ibidem.

Aditio non dicitur ex re domini, num. 4. & vide omnino nu. 23. ad finem.

Quomodo intelligatur ex re domini acquiſitio fieri, d. num. 4.

Homo liber bona fide ſeruiens, ignorans conditionem ſuam, ſi iuſſu domini putatiui adeat hæreditatem, in qua inſtitutus eſt, illi non acquirit. à nu. 6. quamuis teſtator eum inſtituat contemplatione domini putatiui, num. 8. & quamuis ſeruus putatiuus illi velit acquirere. num. 9.

Latè explicatur d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. à nu. 6. cum ſeqq.

Explicatur l. liber homo, 20. ff. de ſtipulat. ſeruorũ n. 7.

Reprobatur quædam Accurtij opinio, nu. 9.

Homo liber bona fide ſeruiens, ignorans conditionem ſuam, qui iuſſu domini adiens nihil ei acquirit, an ſibi acquirat? ſub diſtinctione reſoluitur, nu. 10.

Explicatur l. liber homo, 59. ff. de hæred. inſtit. ibidem.

In homine libero bona fide poſſeſſo hæreditatem adeunte, ſolus domini putatiui iuſſus nihil omninò operatur, ibidem.

Aditio eſt actus legitimus, & vbi primum ritè fit, ſtatim obligat adeuntem. vel eum, cui hæreditas acquiritur. num. 11.

Explicatur l. qui in aliena, 6. § ſi is qui putabat, in 2. reſponſo, ff. de acq. hæred. nu. 12.

Filiusfam. ignorans, quod ſui iuris factus ſit, hæreditatem rectè adit. ibidem, & nu. 18.

Filiusfam. dubitans an ſui iuris factus ſit, rectè adit. dd. nu. 12. & 18.

Errans, & dubitans, regulariter æquiparantur. d. n. 12.

Reprobatur Accurtij interpretatio ad d. §. ſi is qui putabat, in 2. reſp. nu. 13.

Reprobatur Bart. interpretatio ad eundem §. ſi is qui putabat, in 2. reſponſo, nu 14.

Explicatur l. ſi mulier, §. ſi metu, ff. de eo, quod metus cauſa, num. 16.

Qui coactus adit hæreditatem, habet remedium abſtenſionis. ibidem.

Quando quis fallens adit, licet coactus, nulla eſt aditio. ibidem.

Declaratur regula l. qui bona fide, 23. verſ. generaliter, ff. de acquir rerum domin. & l. homo liber, 54. verſ. quidquid, infra, eodem tit. nu. 17. & omnino, nu. 24.

Reprobatur quædam Franc. Connani opinio, nu. 19. & 27.

Liber homo bona fide ſeruiens, ignorans conditionem ſuam, ſi ſponte adit hæreditatem, ſibi acquirit. à num. 20.

Quando regulariter homo liber bona fide poſſeſſus, non acquirit domino putatiuo, ſcientia liberæ conditionis plus operatur, vt aliquando illi acquirat, quam ignorantia. nu. 22.

Liber homo bona fide poſſeſſus ignorans conditionem ſuam, ſi inſtituatur contemplatione domini putatiui, & illius iuſſu adeat, illi acquirit: ſed an directè, vel indirectè; dubitationis eſt? nu. 23. vbi reſoluitur.

Eleganter explicatur l. aditio, verſ. vlt. ff. de acquir. hæred. num. 23.

Homo liber bona fide poſſeſſus, ſciens conditionem ſuam, ſponte adiens hæreditatem, ſibi acquirit. nu. 24.

Latè explicatur l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin. à nu. 24. cum ſeqq.

Si homo liber bona fide ſeruiens, ſciens conditionem ſuam, domino putatiuo velit acquirere, illi acquirit, à nu. 25.

Vt alicui hæreditas quæratur, ſemper requiritur eius iuſſus. nu. 26.

Eleganter agitur de ratione, ob quam homo liber bona fide ſeruiens, ſciens conditionem ſuam, volens domino putatiuo acquirat. num. 27.

Quæ requirantur, vt per liberum hominem bona fide poſſeſſum directò quæratur hæreditas domino putatiuo. nu. 28.

Liber homo bona fide poſſeſſus, ſciens conditionem ſuam, ſi ex ſolo iuſſu domini putatiui adeat, nemini acquirit. nu. 29.

Et ſi habebat animum ſibi acquirendi, ſibi acquirit. nu. 30.

Homo liber bona fide poſſeſſus, ſciens conditionem ſuam, inſtitutus contemplatione domini putatiui, ſi nolit adire, & reſtituere, cogendus erit ad exemplum coactionis Trebellianicæ, numero 31.

Homo liber bona fide ſeruiens, in quibus caſibus domino putatiuo hæreditatem acquirat. nu. 32.

Seruus alienus bona fide poſſeſſus, quomodo acquirat hæreditatem bonæ fidei poſſeſſori. nu. 33.

Seruus alienus bona fide poſſeſſus, hęres inſtitutus ſine contemplatione bonæ fidei poſſeſſoris, illi non poteſt hęreditatem acquirere, quamuis maximè velit. nu. 34.

Explicatur l. cum autem, §. vlt. verſ. vlt. ff. de Aedilit. edict. à nu. 35.

Vendito ſeruo inſtituto contemplatione venditoris, hæreditas ad emptorem omninò pertinet. ibidem.

Explicatur l. Iulianus. 14. §. ſi quid ſeruo, ff. de act. empt. nu. 35.

Reprobatur quædam gloſſæ interpretatio ad. d. §. ſi quid ſeruo, nu. 36.

Vendito ſeruo, qui poſtea inſtituitur contemplatione venditoris antiqui, hæreditas omnino eidem reſtituenda eſt. nu. 37.

Reprobatur altera gloſſæ interpretatio ad d. §. ſi quid ſeruo, nu. 38.

Eleganter explicatur d. l. cum autem, §. vlt. verſ. Pedius, ff. de ædilit. edicto à nu. 39.

Emendatur litera communis d. §. vlt. verſ. Pedius, nu. 40.

Emptore redhibente ſeruum eius contemplatione inſtitutum, hæreditas omninò pertinet ad venditorem. à nu. 41.

Ex redhibitione voluntaria fit aliquando deterior conditio emptoris, & pignus ab eo conſtitutum durat, ſecundus ex neceſſaria. nu. 43.

Si ſeruus poſt factam redhibitionem inſtituatur contemplatione priſtini emptoris, illi hæreditas reſtituenda eſt. nu. 44.

Quid dicendum, quando inſtituitur ſeruus eius, qui eſt in vtero, & ſub contemplatione ipſius, & poſtea abortus fit. à nu. 45. & præſertim. à nu. 49. & declara omninò, nu. 51.

Quando inſtituitur ſeruus ſub commemoratione domini, illius contemplatione cenſetur inſtitutus. ibidem.

Dies natiuitatis eſt incertus, an, & quando. numero 47.

Hæres grauatus ſub conditione reſtituere, ſi pendente illa, fideicommiſſarius decedat, ſibi lucratur, ac retinet hæreditatem. nu. 47.

Ex voluntate defuncti volentis ad aliquem pertinere ſuam hæreditatem, aliquando inducitur grauamen reſtituendi, aliquando directa acquiſitio, ſecundum materiam ſubiectam. nu 50.

Fiſcus ab eo, qui ſine voluntate defuncti retinet hęreditatem, eam aufert tanquam ab indigno. numero 51.

Quando conditio apponitur inſtitutioni, & ſubiungitur grauamen reſtituendi, illa deficiente, totum extinguitur. nu. 52.

Quod diximus in ſeruo eius, qui eſt in vtero, idem intelligimus in ſeruo eius, qui adhuc non eſt conceptus, ſi eius contemplatione inſtituatur. numero 54.

CA-

CAPVT XII.

Concordia inter Iuriſconſultos, Modeſtinum, in l. homo liber, 54. ff. de acquirendo rerum domin. Pompon. in l. liber homo, 19. ff. eodem tit. & Iulianum in l. Aditio, 45. verſ. vlt. ff. de acquir. hæredit.

1 SCribit † Modeſtinus, in d. l. homo liber: *Sed qui bona fide nobis ſeruit, acquirit tamen ſi ſponte ſua ſciens conditionem ſuam, adierit: nam ſi iuſſu noſtro adierit, neque ſibi, neque nobis acquirit, ſi non habuerit ſibi acquirendi animum; quod ſi eam mentem habuerit, ſibi acquirit;* &c. vbi in primo caſu, quo homo liber bona fide poſſeſſus, hæreditatem, in qua inſtitutus eſt, ſponte ſua, & ſciens conditionem ſuam domino putatiuo vult acquirere, ſine dubio acquirit.

Contradicit Pomponius, in l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. vbi in eadem quæſtione, quam latè diſputat, & reſoluit ex Trebatij, ac Labeonis ſentẽtia, nullum caſum excipit, quo domino putatiuo per liberum hominem bona fide poſſeſſum, hæreditas directò acquiratur, vt patet ibi: *Sed verius eſt, non acquiri, etiamſi teſtator ad me voluiſſet pertinere*, &c.

Tandem, dum Modeſtinus, in d. l. homo liber, inquit, quod præcedente iuſſu noſtro, liber homo bona fide poſſeſſus adiens hæreditatem, nec ſibi, nec nobis acquirit; itidem, & dum Pompon. in d. l. liber homo, verſ. ſed licet, ait, quod aliquando hæreditas ad dominum putatiuum indirectè permeat, ſi liber homo bona fide poſſeſſus inſtituatur contemplatione domini. Habent ex aduerſo Iulianum, in l. aditio, 45. verſ. vlt. ff. de acquir. hæred. ibi: *Et quod à quibuſdam reſpondetur, ſi liber homo, qui bona fide mihi ſeruiebat, propter me hæres inſtitutus erit, poſſe eum iuſſu meo adire hæreditatem: poteſt verum eſſe, vt intelligatur non opera ſua mihi acquirere, ſed ex re mea, ſicut*, &c. Quibus verbis apertiſſimè oſtendit, hominem liberum bona fide poſſeſſum, contemplatione domini putatiui inſtitutum, non per reſtitutionem, ſed directo, & præcedente iuſſu eiuſdem domini, poſſe ei acquirere hæreditatem; id enim importat aſſerta acquiſitio ex re domini, iuxta §. idem placet, Inſt. per quas perſonas nobis acquir.

Antequam hanc legum antynomiam com
2 ponere nitamur, præmittendum Primò, † hominem liberum bona fide poſſeſſum, extra duas cauſas, ſcilicet operam ſuam, & rem domini putatiui, non domino, ſed ſibi acquirere, d. l. liber homo, in princip. d. l. homo liber, per totam, ff. de acquir. rerum domin. d. §. idem placet, verſ. itaque, Inſt. per quas perſon. nob. acquirit. & eſſe capacem omnis obligationis, & ita poſſe domino putatiuo promittendo, vel aliter contrahendo obligari, d. l. homo liber, verſ. item promittendo, l. at qui natura, §. ſi libero homini, ff. de negot. geſt. l. liber homo, qui bona, ff. de verb. obligat.

3 Præmittendum Secundò, † apud antiquos Iuris prudentes, cõtrouerſum fuiſſe, an aditio hæreditatis eſſet in opera: nam Ariſto putabat in opera conſiſtere, vt innuit Pompon. in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. vbi refert alios dubitaſſe, vt patet ibi: *nec vlla eius opera eſſet, in legato: in hereditate aliquatenus, quia per ipſum adiretur, quod & Varii Lucilius aliquando dubitaſſe ait*, &c. obtinuit tamen tãquam uerius, ne aditio hæreditatis eſſet in opera, quod patet ibidem: *Sed verius eſt*, &c. & ita tanquam extra controuerſiam ſuo tempore tradit Iulianus, in d. l. aditio, ibi: *Aditio hereditatis non eſt in opera ſeruili*, &c. Franciſc. Connan. lib. 3. Comment. iuris, cap. 7. a nu. 5. Quod merito ita conſtitutum eſt: nam ſiue conſideremus operam in liberto, iuxta tit. ff. de operis libertorum; ſiue in ſeruo, iuxta tit. ff. de operis ſeruorum; ſemper opera conſiſtit in officio diurno, vel quolibet alio actu ordinario proueniente à ſeruo, vel à liberto, iuxta vtramque l. 1. ff. de operis libertorum, & de operis ſeruorum. At aditio hæreditatis licet operam inuoluat, vt innuit d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Quia per ipſum adiretur*, &c. non tamen eſt opera, vel actus proueniens ab ipſo inſtituto, ſed potius per accidens, propter acquiſitionem hæreditatis, quæ ex voluntate libera teſtatoris inſtituto cõpetit; & ideo dicebat Iulianus, in d. l. aditio, non eſſe in opera ſeruili, quaſi qualiſqualis opera denegari non poſſit, ſed non eſſe eam, quæ requiritur, hoc eſt, ſeruilem.

4 Præmittendum tandem, † aditionem nec etiam ex re domini dici poſſe, quia hæreditas antequam adita ſit, ſolum ius quoddam fallibile præſtat, & quod in bonis eſſe non dicitur, vt probauimus cap. præcedenti, num. 29. conſtat autem rem domini, quoad præſentem inſpectionem, cõſiderari reſpectu temporis præcedentis, id enim ſignificat fieri ex re domini acquiſitionem, id eſt, ex præexiſtenti materia,

quæ domini erat innuit Vlp. in l. ſed & ſi quis ſtipuletur, §. 1. ff. de vſufructu. quod quidem in hæreditate conſiderari nequit.

5 His præmiſſis,† pro conciliatione prædictorum iurium duo membra diſtinguenda ſunt: Primum ſit, quando homo liber bona fide poſſeſſus ignorat ſuam conditionem; in quo mẽbro tres caſus ſeparandi ſunt, Primus eſt, quando iuſſu tantum domini putatiui adit hæreditatem, in qua inſtitutus eſt. Secundus, quando ſpontè ſua. Tertius, quando iuſſu domini putatiui adit hæreditatem, in qua inſtitutus eſt ſola contemplatione domini.

Secundum membrum eſt, quando homo liber bona fide poſſeſſus, ſcit conditionẽ ſuam; In quo etiam diſtinguendi ſunt tres caſus. Primus eſt, quando ſciens conditionem ſuam, & volens adit. Secundus, quando iuſſu tantum domini ſciens adit. Tertius eſt, quando inſtitutus eſt ſola domini putatiui contemplatione, ſciens conditionem ſuam.

6 Quod † attinet ad primum caſum primi, an ſcilicet inſtitutus ſeruus putatiuus ignorans ſe eſſe liberum, & adiens hæreditatem iuſſu domini, eidem acquirat? Secure reſpondendũ, non acquirere domino putatiuo; ita expreſſit Pompon. in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Sed verius eſt, non acquiri,* &c. Ratio eſt: quia hæc acquiſitio non fit ex opera ſeruili, nec ex domini re, in quibus terminis ſolum fit acquiſitio domino putatiuo, iuxta ſupra præmiſſa, ergo &c.

7 Verum obſtat, † quod quando liber homo bona fide poſſeſſus, ſibi non acquirit, putatiuo domino acquirit, vt per text. ibi, notat Bart. & reliqui, in l. liber homo, 20. ff. de ſtipulat. ſeruorum. Sed facile reſponde, d. l. liber homo, proximè citatam reſtringendam eſſe ad terminos, de quibus loquitur, vt optimè conſiderat Cuiac. lib. 4. Obſeruationum, cap. 1. ad finem: ſicut in hæreditatis acquiſitione limitanda eſt ſimilis regula è conuerſo facta, vt inferius oſtendemus.

8 Suprapoſitam reſolutionem † amplia Primò, etiamſi inſtituatur contemplatione domini putatiui, vt expreſſit Pompon. in d. l. liber homo, ibi: *Sed verius eſt, non acquiri, etiamſi teſtator voluiſſet ad me pertinere,* &c. De quo latius videbis in tertio caſu, huius primi membri.

9 Amplia † Secundo etiamſi maximè velit domino putatiuo acquirere: & ita deceptum eſſe Accurt. verbo, non acquiri, in d. l. liber homo, vbi dicit, quod ſi ſeruus putatiuus ignorans conditionem ſuam, mihi velit acquirere hæreditatem, in qua inſtitutus eſt, eam ſine dubio acquirit; quod tamen falſum eſt: nam in primis aditio illa non eſt in opera ſeruili; nec item ex re domini; quibus caſibus diximus illi acquiri poſſe. Itidem ſerui putatiui voluntas nihil poteſt operari iure renitente; nec inſuper interpretari tanquam donantis, quia qui neſcit conditionem ſuam, nequaquam poteſt cogitare ſe donare poſſe, & ob id vnico tantum caſu, ſemota domini putatiui contemplatione, eidem acquirit; nimirum, quando ſponte ſua ſciens conditionem ſuam, vult domino acquirere, vt infrà oſtendemus.

10 Suppoſito † igitur, quod in hoc primo caſu, non acquirit domino putatiuo, quæſtionis eſt, an ſibi aquirat? I.c. Trebatius in ea fuit opinione, vt putaret indiſtinctè talem ſeruũ adeuntem, ſibi acquirere hæreditatẽ, vt refert Pompon. in l. liber homo, 19. ff. de acq. rerum domin. ibi: *Sed Trebatius ait, ſi liber homo bona fide ſeruiens, iuſſu eius, cui ſeruit, hæreditatem adiſſet, heredem ipſum fieri; nec intereſſe, quid ſenſerit, ſed quid fecerit.* Labeo tamen diſtinguit, quod aut adit ex neceſſitate, hoc eſt, ex ſolo iuſſe domini putatiui, ſine animo ſibi acquirendi: & tunc nemini acquirit; aut vltra iuſſum datur in ipſo voluntas ſibi acquirendi; & tunc ſibi acquirit. Quam Labeonis diſtinctionem probat Pompon. in d. l. liber homo, 19. ff. de acq. rerum domin. Eandem amplectitur I. c. Celſus, reprobato Trebatio, in l. liber homo, 59. ff. de hæred. inſtit. innuit Accurt. verbo, non libera, in l. at qui natura, §. ſi libero, ff. de negotijs geſt. & quod ſolus iuſſus neutri proficiat, probat etiam text. in l. qui in aliena, 6. §. ſi is qui putabat, vbi Bart. & reliqui, ff. de acq. hæredit. in ſpecie text. in l. qui putat, 74. §. qui bona fide, infra, eodem tit.

11 Et ratio † diſtinctionis eſt manifeſta: nam qui ſolo domini iuſſu, & ex neceſſitate cauſatiua adit, vt alteri acquirat, nullatenus vult ſe obligare æri alieno hæreditario; Deinde dominum putatiuum non obligat, cui nihil acquirit, ex dictis; ergo aditio nulla eſt: nam ritè facta, ſtatim debebat obligare, cum ſit actus legitimus, l. actus legitimi, ff. de regulis iuris; innuit d. l. qui in aliena, in princip. ff. de acquir. hæred. & tradit in terminis gloſſa, verbo, ſciens, in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. & verbo, ſi liber eſt, in §. idem placet, Inſt. per quas perſonas nobis acquir. vbi omnes ſequuntur.

Sed obſtat Primò d. l. qui in aliena, §. ſi is qui putabat, ff. de acquir. hæred. in ſecundo reſponſo, ibi: *Quamquam is, quem pater iuſſerit adire, & deceſſerit: ſi adierit iam mortuo patre, obliget ſe hæreditati,* &c. ergo ſine voluntate quis obligari poteſt æri alieno hæreditario; cum ſolum ex neceſſitatè, hoc eſt, ex iuſſu adeat, & iubenti quærere velit.

Obſtat

Obſtat deinde l. ſi mulier, §. ſi metu, ff. quod metus cauſa, l. ſi metus, 85. ff. de acquir. hæredit. vbi hæredes compulſi, vt adeant, hæreditarijs oneribus ipſo iure implicantur, ſi coacti adeunt, ergo & cetera.

12 Verum reſpondetur † propterea Vlp. in d. §. ſi is qui putabat, in 2. reſponſo, dixiſſe filium obligari hæreditati mortuo patre, cum iuſſu ipſius adijſſet: quia cum ſciat, aut ſcire debeat, ſe mortuo patre ſui iuris effici, & conſequenter ſibi acquirere, l. iuſto, §. vlt. in fine, ff. de vſucap. cum alijs, ſi tempore, quo iuſſu patris vult adire, pater mortuus eſt, ſibi ſine dubio acquirit: quia videlicet in id iam paratus cenſetur; quod probat l. multum intereſt, 21. ff. de cond. & demonſtr. nam licet erret in ſua conditione, tamen in omnem euentum adire præſumitur. Sicut etiam dubitans filiusfamil. ſibi acquirit, l. ſed & ſi de ſua, 34. ff. de acq. hæred. & ita argumento ducto a dubitante, confirmat Vlp. aditionem errantis in d. §. ſi is qui putabat, ibi: *Nam eum, qui dubitat*, &c. & ex iuris regula pariformiter cenſentur errans, ac dubitans, l. de ſtatu ſuo, 15. ff. qui teſt. facere, & ita nihil mirum, quod ab vno, ad alterum ducatur, & valeat argumentum.

13 Vnde Primò † colliges, d. §. ſi is qui putabat, loqui principaliter de errante, hoc eſt, de exiſtimante ſe eſſe filiumfamil. & iuſſu tantũ patris adire; non verò de dubitante, quamuis argumento dubitantis vtatur, quidquid contra interpretari videatur gloſſa ibidem, verbo, factus ſit.

14 Colliges Secundò, † deceptum fuiſſe Bart. in d. §. ſi is qui putabat, dum innuit filiumfamil. de quo ibi, ſciuiſſe mortem patris, & ita inualidum fuiſſe iuſſum: nam interpretationẽ iſtam omninò reſpuit principium d. §. ſi is qui, (cui immediatè ſuccedit verſ. quamquam is, quem Bart. ita interpretatur) incipit enim loqui de errante; & d. verſ. quamquam is, propoſito ſimile errore contrarium decidit. Quod tandem confirmat argumento dubitantis, quod quidem argumentum reſpectu ſcientis erat ineptum, & inciuile; ergo malè deducit Bart. filiumfamil. ibidem ſciuiſſe iuſſum fuiſſe inualidum tempore aditionis, cum adhuc ob eundem principaliter adeat, & in eo conſiſtat ratio dubitandi d. verſ. quamquam is.

15 Colliges tandem † ex vero intellectu d. §. ſi is qui putabat, nihil inferri contra ſuprapoſitam reſolutionem: nam liber homo bona fide poſſeſſus, qui ſolo iuſſu adit, ignorans ſuã conditionem, non credit, nec credere debet ex aliqua iuris præſumptione, quod quando domino putatiuo non acquirit, ſibi acquirere poſſit; quod manifeſtè comprobat d. §. ſi is qui putabat, in principio, vbi deciditur, neutri prodeſſe aditionem in propoſitis terminis, quod aliter eueniebat in vero filiofamil. errãte, ex dictis; & ſatis comprobat differentiam d. §. ſi is qui putabat.

16 Ad Secundum † ex d. §. ſi metu, reſpondetur, aditionem metu factam ipſo iure obligare: quia vt text. ipſe exprimit, hæres, licet coactè, voluit, & ideo inde colligunt gloſſa, & reliqui, voluntatem coactam, voluntatem eſſe. At liber homo bona fide poſſeſſus, ſolo iuſſu domini putatiui adit, vt ipſi domino acquirat, & nullam omninò voluntatem habuit, nec habuiſſe creditur, vt ſibi acquirat.

Inſuper, & ille qui coactus adiuit, Prætorio abſtenſionis remedio iuuatur, vt patet ex d. §. ſi metu, & d. l. ſi metus, ff. de cond. & demonſtr. Quinimmo, ſi in ipſa coacta aditione fallat compellentes (quod aliundè colligitur) nec ipſo iure a principio obligabitur, d. l. qui in aliena, §. vlt. ff. de acquir. hæred. vbi notant omnes, id verificari poſſe in eo, qui antea proteſtatus erat, ſe nolle adire, quamuis cogatur: quia per coactam aditionem non creditur receſſiſſe ab antiqua proteſtatione, vt communiter notatur in l. ſi quis in principio teſtamẽti, ff. de legatis 3. ponit gloſ. in d. §. vlt. verbo, fallens, vbi Dynus, Bart. & reliqui.

17 Ex qua † ſic defenſa reſolutione, venit limitanda regula l. qui bona fide, 23. verſ. generaliter, ff. de acquir. rerum domin. d. l. homo liber, 54. §. quidquid, infra, eodem tit. dum generaliter efferunt, quidquid liber homo bona fide ſeruiens non poteſt acquirere domino putatiuo, ſibi acquiſiturum, vt regulariter intelligatur: non verò in aditione hæreditatis, in qua propter incomoda, & onera, quæ ſuapte natura inuoluit, l. more, 8. ff. de acquir. hæred. non cenſebitur quis in dubio ſe illi obligare voluiſſe, l. qui putat, 74. §. qui bona fide, ff. de acquir. hæredit.

18 Ratio autem † cur homo liber bona fide poſſeſſus, ignorans ſuam conditionem, ſibi acquirat, quando iuſſu domini adit, non vt illi, ſed vt ſibi quærat, ea eſt: quia ignorantia, ſiue etiam dubitatio propriæ conditionis, (quã do adiens hæreditatem ſibi poteſt acquirere, & vult, ſeu velle præſumitur) aditioni non obeſt d. l. qui in aliena, §. ſi is qui putabat, verſ. quamquam is, l. ſed & ſi de ſua, d. l. qui putat, §. vlt. ad finem, ff. de acquir. hæred. l. multũ intereſt, 21. ff. de cond. & demonſtr. In ſpecie text. in d. l. liber homo, 19. in fine, ff. de acq. rerum domin. quam ita etiam intelligit gloſ. verbo, non libera, in l. at qui natura, §. ſi libero, ff. de negot. geſt. l. liber homo, 59. ff. de hæred. inſtituend.

19 Vnde colligitur † deceptum fuiſſe Connanum, lib. 3. Comment. cap. 7. nu. 7. qui putabat

bat hominem liberum bona fide ſeruientem, ſi de ſtatu ſuo incertus eſſet, nequaquam poſſe ſibi acquirere: nam id falſum eſt in aditione hæreditatis, vt conſtat ex relatis iuribus; nec Connan. excuſat l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Sciens conditionem ſuam*, &c. quæ aliud intendit, vt inferius agemus.

20 Quod attinet † ad ſecundum caſum primi, quando ſcilicet liber homo bona fide poſſeſſus ignorans conditionem ſuam, ſpontè adit hæreditatem, reſoluendum eſt, ſibi ſine dubio acquirere, vt probatur à fortiori, in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. d. l. liber homo, 59. ff. de hæred. inſtit. nam ſi quando præcedenti iuſſu domini putatiui (quo caſu regulariter neutri acquirebatur hæreditas, iuxta ſupradicta) concurrit ſimul voluntas libera adeundi, ſibi acquirit: à fortiori acquiret ſibi, quando nullo extrinſecus mouente, ac excitante, ſed ſpontanea voluntate adiuerit; & ita tandem ſentit gloſſa, verbo, ſciens, in fine, in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin.

21 Nec tunc † obſtabit d. l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin. ibi: *Si tamen ſponte ſua ſciens conditionem ſuam adierit*, &c. vbi in eo caſu acquiritur domino putatiuo, ſi ſponte, & ſciens ſuam conditionem adeat, ergo à fortiori, quando ignoraſſet: nam in primis reſpondetur, ibi interueniſſe iuſſum domini putatiui, ſine quo non poterat hæreditati obligari; itidem & voluntatem adeuntis, vt illi omnino acquireretur. notat late gloſ. verb. ſciens, in d. l. homo liber, & verbo, ſi liber eſt, in §. idem placet, Inſt. per quas perſonas nob. acquir. quæ omnia deficiebant in ſuprapoſito caſu; quinimmò, licet concurriſſent, adhuc acquiſitio fieri non poterat domino putatiuo, per ſeruum putatiuum ignorantem, vt oſtendimus in primo caſu.

Deinde, magis generaliter reſpondetur,
22 quod † licet ſcientia liberæ conditionis ſecundum ſe ſit quo minus, non quo magis acquiratur domino putatiuo, quia videlicet, quiſque refugit alijs, tanquam ſeruus acquirere: tamē, quando pro regula ponitur liberum hominē bona fide poſſeſſum hæreditatem non acquirere domino putatiuo, plus operatur ſcientia propriæ conditionis, quoad eandem acquiſitionem domino putatiuo faciendam, quam ignorantia, vt apparebit ex eleganti ratione, de qua in primo caſu ſecundi membri.

23 Quod attinet † ad tertium primi; quando ſcilicet liber homo bona fide ſeruiens, ignorās conditionem ſuam, inſtituitur ſola contemplatione domini putatiui, & eiuſdem iuſſu adit, an poſſit ipſi directò hæreditatem acquirere? Sunt diſcordantes Iuriſconſultorum ſententiæ: nam Pomp. in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. clarè determinat directò acquirere non poſſe domino putatiuo: ſubijcit tamen: *Sed licet ei minimè acquirit: attamen ſi voluntas euidens teſtatoris appareat, reſtituendam eſſe ei hæreditatem, &c. At contra Iulianus, in d. l. aditio, 45. verſ. vlt. ff. de acquir. hæred. vbi inquit. Et quod à quibuſdam reſpondetur, ſi liber homo, qui bona fide mihi ſeruiebat, propter me hęres inſtitutus erit, poſſe eum iuſſu meo adire hęreditatem: poteſt verum eſſe, vt intelligatur non opera ſua mihi acquirere; ſed ex re mea*, &c. Et quibus verbis colligitur, directam fieri acquiſitionem domino putatiuo, qualis eſt ex re ipſius, vt innuit Imperat. in §. idem placet, Inſt. per quas perſon. nob. acq. cum ſimilibus.

In hac controuerſia securè puto opinionē Pomponij in d. l. liber homo, amplexandam fore, ex præiactis fundamentis in hac materia; Nec obſtare Iulianum, in d. l. aditio, verſ. vlt. nam mens illius tota erat, vt oſtenderet, aditionem hęreditatis non eſſe in opera ſeruili, vt patet ex initio, quo exorditur, & diſcurſu, quo proſequitur; ſecundum quæ, in d. verſ. & quod à quibuſdam, id tantum intendit, vt ſi quando vera eſſet opinio dicentium liberum hominem bona fide poſſeſſum, inſtitutum contemplatione domini putatiui, hæreditatem eidem poſſe directò acquirere: ea in cōſenſu vera eſſe poſſit, vt intelligeretur, non opera ſua illi acquirere, ſed ex re ipſius, quaſi contemplatio domini putatiui in dicta inſtitutione ſubeat vicem rei dominicæ. Vnde iam percipies, quo ſpiritu dixit: *Poteſt verum eſſe, vt intelligatur*, &c. vbi ſecurè innuit, nunquam ratione operæ acquiſitionem fieri poſſe in dictis terminis; dubitauit tamen, an quaſi ex re domini potuiſſet directò ei acquiri; quod facilius recipi poſſe ſentit, quam dicere, ex opera ſua acquiſitionem fieri, cum nulla detur ſeruilis.

Vel ſi mauis, intellige Iulianum in d. l. aditio, non improbare opinionem Pomponij in d. l. liber homo, quæ de rigore iuris procedit. Sed ſuppoſito, quod propter euidentem defuncti voluntatē, hæreditas reſtituenda eſt, id directò fiat ad euitandum circuitum: & tunc intelligatur, quaſi ex re domini acquirere, non tamen quod ita ſit, ſed quod hoc potius tolerari poteſt. Rem autem domini conſiderat, quando conſtat de voluntate teſtatoris inſtituentis ſola domini putatiui contemplatione, vt tradit Accurſ. in primo ſcholio, in fine, ad l. ſed & ſi quid donetur, ff. de vſufructu.

24 Iam † ſuccedit ſecundum membrum, & primus caſus, quando ſcilicet liber homo bona fide

fide poſſeſſus, ſciens conditionem ſuam, ſpontè adit hæreditatem, quo caſu reſoluendum eſt, ſimpliciter adeuntem ſibi acquirere. Ratio eſt: quia cum aditio non ſit in opera ſeruili, nec ex re domini putatiui, vt ſupra probauimus; itidem, cum citra iuſſum dominus nequeat hæreditati obligari, l. qui in aliena, l. ſi quis mihi bona, §. iuſſum, ff. de acquir. hæred. domino acquirere non poterit. Acquiret igitur ſibi, cum poſſit, iuxta regulam l. qui bona fide, 23. verſ. generaliter, d. l. homo liber, 54. §. quidquid, ff de acquir. rerum domin. quæ tunc etiam in hæreditate procedet, quando datur in adeunte voluntas ſibi acquirendi, vt euenit in propoſitis terminis; probat reſolutionem text. in d. l. homo liber, vbi gloſ. verbo ſciens.

25 Illam tamen † declarabis non procedere, quando liber homo bona fide poſſeſſus, ſpontè ſua ſciens conditionem ſuam, acquirere vult domino putatiuo. Expreſſit Modeſtin. in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Qui bona fide nobis ſeruit, acquirit, ſi tamen ſponte ſua ſciens conditionem ſuam, adierit,* &c. notat gloſſa, ibidem, verbo, ſciens, & in §. idem placet, verbo, ſi liber eſt, Inſt. per quas perſonas nob. acquir. & vtrobique ſequuntur communiter Scribentes.

Obſtant tamen duo huic declarationi. Primum, quod eſt inconueniens, quod abſque iuſſu præcedenti domini putatiui, eidem acquiratur hæreditas, & hæreditati quoque obligetur, contra regulam l. qui in aliena, 6. ff. de acquir. hæred. & tamen text. in d. l. homo liber, ſimpliciter inquit, quod ſi homo liber bona fide ſeruiens ſpontè, & ſciens conditionem ſuam, adierit, domino putatiuo acquirit.

Obſtat deinde, quod liber homo bona fide poſſeſſus, ſciens conditionem ſuam, directè tranſferat hæreditatem in dominum putatiuum: cum nullum ius poteſtatis in eo reperiatur, ratione cuius in ipſum fiat transfuſio, iuxta l. placet, ff. de acquir. hæredit. Præcipuè quia in l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. quando datur euidens teſtatoris voluntas, vt domino putatiuo hæreditas acquiratur, cuius contemplatione liberum hominem bona fide ſeruientem inſtituit, ſolum permittitur reſtitutio hæreditatis; non tamen directa traductio.

Verum prædictis difficultatibus ſatisfit. Et
26 quod † attinet ad Primum, dicendum eſt, in prædicta ſpecie etiam interuenire debere iuſſum domini, putatiui, ſecundum relatam regulam, quæ nullibi limitatur, quando agitur de tranſmittenda directò hæreditate, vltra quem iuſſum debet homo liber bona fide poſſeſſus, ſponte, & ſine vlla coactione adire, ad effectum acquirendi domino putatiuo; ita intelligit, gloſ. verbo, ſciēs, in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum dom. & verbo, ſi liber eſt, in §. idem placet, Inſt. per quas perſonas nob. acquir. Nec adhuc obijci poteſt text. in d. l. homo liber, verſ. nam ſi iuſſu, quia reſpondetur, ſolum agere, quando ſolo domini putatiui iuſſu adit: at nos loquimur, quando vltra iuſſum reperitur ſpontanea ſerui putatiui voluntas.

27 Non obſtat † ſecunda difficultas; quia ingenuè fatemur, hominem liberum bona fide ſeruientem, in dictis terminis non transferre directò hæreditatem in dominum putatiuum, propter aliquod ius poteſtatis, quod conſtat non ſubeſſe, (nec dabile eſt) ſed in fauorem bonæ fidei poſſeſſionis voluere iura, vt voluntas liberi hominis bona fide poſſeſſi, quaſi donantis id operaretur. Atque ita id prouenit à libero homine, tanquam donatore, data ſimul bona fide ex parte domini putatiui, in cuius fauorē id ſpecialiter, ſicut alia indulſit ius ciuile.

Vnde iam patet, hic non requiri ſcientiam propriæ cōditionis, quaſi incertus de ſtatu ſuo non potuiſſet adire, vt putabat Connan. lib. 3. cap. 7. nu. 7. quem ſupra reprobauimus: ſed ob id requiritur prædicta ſcientia; quia, cum acquiſitio domino putatiuo facta, procederet ob bonam fidem, & animum donandi in ſeruo putatiuo; aliter talis animus donandi non poterat conſiderari in eo, qui ſe ſeruum eſſe exiſtimabat; & propterea (ni fallor) ſubiungit I.c. verſ. item promittendo, vbi oſtendit omnem contractum interuenire poſſe liberum hominem bona fide poſſeſſum, & dominum putatiuum; vt ita prædicta interpretata donatio rectè procedat; alias enim ſi prædictus homo liber bona fide ſeruiens, ignarus eſſet ſuæ conditionis, ſpontè adiens vt domino acquireret, nihil ageret, iuxta ſupra dicta in primo membro, & tradit gloſ. verb. ſciens, in d. l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin.

28 Ex quibus † colliges, quod ad effectum, vt domino putatiuo acquiratur directò hæreditas per liberum hominem, Primò requiritur, quod bona fide poſſideatur. Secundò, vt ſciat conditionem ſuam. Tertiò, vt ſpōtè ſua adeat. Quartò, vt iuſſus domini putatiui præcedat. Tandem vt illi velit acquirere; notat gloſ. verb. ſciens, in d. l. homo liber; & verb. ſi liber eſt, in §. idem placet, Inſt. per quas perſon. nob. acquir. Aliud etiam requirit gloſſa, locis proxime relatis, videlicet, quod inſtituatur contemplatione domini putatiui, quod quidem neceſſarium puto, quando liber homo bona fide poſſeſſus, noluiſſet acquirere domino putatiuo, vel neſciat conditionem ſuam, iuxta ſupra dicta in tertio caſu primi membri; tunc enim, vt hæreditas perueniat ad dominū

putati-

putatiuũ, requiritur, quod ſeruus putatiuus inſtituatur contẽplatione domini, iuxta l. liber homo, 19. verſic. ſed licet, ff. de acquir. rerum domin. quia tunc cogetur adire, & reſtituere, quaſi ex Trebelliano Senatusconſulto, vt in ſimili tradit gloſ. elegans, in l. ſi ſerui vſusfructus, ff. de vſufr. de quibus terminis latius, actum fuit in tertio primi.

29 Quod attinet ad † Secundum caſum ſecundi, nimirum, quando homo liber bona fide poſſeſſus, ſciens conditionem ſuam, ex ſolo iuſſu domini putatiui adit hæreditatem. Reſolue, non poſſe acquirere domino putatiuo. expreſſit Modeſtinus in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum dom. ibi: *Nam ſi iuſſu noſtro adierit, neque ſibi, neque nobis acquirit*, &c. non domino putatiuo, quia per liberum hominem bona fide poſſeſſum, hæreditas non acquiritur, vt ſupra probauimus; non ſibi, quia ſolo iuſſu adiuit, & ex neceſſitate, non verò voluntarius: vnde non debet omninò inuitus æri alieno hæreditario obligari, iuxta regulam text. in l. qui in aliena, 6. in princip. & in §. ſi is qui, in princip. & in l. qui putat, 74. §. qui bona fide, ff. de acquir. hæredit. innuit gloſſa, verbo, ſciens, in d. l. homo liber, & verbo, ſi liber, in §. idem placet, Inſt. per quas perſonas nob. acquir.

30 Si tamen † vltra iuſſum domini putatiui, in dicto libero homine bona fide poſſeſſo, & ſciẽte conditionem ſuam, detur animus ſibi acquirendi, tunc ſibi acquirit, d. l. homo liber, ibi: *Quod ſi eam mentem habuit, ſibi acquiret*, &c. Atque ita in ſeruo putatiuo ſciente conditionem ſuam tres terminorum poſitiones conſiderat I.c. in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. nam, vel præcedit iuſſus, abſque alia voluntate ſerui putatiui; aut præcedit iuſſus domini; & concurrit ſpontanea voluntas ſerui putatiui acquirendi domino; aut tandem vltra iuſſum domini, datur voluntas ſerui putatiui ſibi acquirendi, & non domino; in prima poſitione neutri fit acquiſitio, d. l. homo liber, verſ. nam ſi iuſſu; in ſecunda, acquirit domino putatiuo, & procedit d. l. homo liber, in princip. in tertia tandem, ſibi acquirit, & procedit eadem l. in verſ. quod ſi eam, innuit gloſſa, verbo, ſciens, ibidem, & verbo, ſi liber eſt, in §. idem placet, Inſt. per quas perſonas nob. acquir.

31 Quod attinet † ad tertium ſecundi, quando videlicet homo liber ſciens conditionem ſuam, inſtituitur ſola domini cõtemplatione: reſoluendum eſt, quod nolens adire, vt domino putatiuo reſtituat, cogendus erit, argumento eius, quod in ſimili reſoluit gloſſa vnica, ad finem, in l. ſerui vſusfructus, ff. de vſufructu. & ſic ampliabitur l. liber homo, 19. verſ. ſed licet, ff. de acquir. rerum domin.

Nec hic induci poterit reſponſum Iuliani, in l. 4. aditio, 45. verſ. vlt. ff. de acquir. hæred. quatenus, iuxta ſupradicta eum intelleximus, vt ad euitandum circuitum, directa fiat acquiſitio domino putatiuo; quia procedit, quando ex parte ſerui putatiui dabatur ignorantia ſuæ liberæ conditionis; & ſimul voluntas acquirẽdi domino putatiuo; & propterea ibidem dicitur, quod ex re domini videtur acquirere; quorum vtrumque deficit in præſenti.

Nec etiam induci poteſt reſponſum Modeſtini, in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. dum liber homo bona fide ſeruiens, ſciens ſuam conditionem, hæreditatem domino putatiuo iure directo acquirit: nam id procedit ratione bonæ fidei, ex parte domini, & ex interpretatiua donatione ex parte ſerui putatiui, quia illi voluit acquirere, & etiam, quãdo inſtituitur ſua, & non contemplatione domini, ſufficiebat enim, quod inſtitueretur tanquam ſeruus, vt haberet locum d. l. homo liber, in princip. iunctis ijs, quæ ad illam ſupra diximus.

32 Maneat † igitur, quod homo liber bona fide ſeruiens, domino putatiuo hæreditatem, in qua inſtitutus eſt, acquirit, ſi ſciens conditionem ſuam, & ſponte ſua adeat, vt domino acquiratur, d. l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin. & ſupra diximus; quo caſu directa fiet acquiſitio. Si vero ſit ignorans propriæ conditionis, & ſola contemplatione domini inſtitutus, indirectè acquiret, ſcilicet per reſtitutionem, d. l. liber homo, 19. verſ. ſed licet, ff. de acquir. rerum domin. niſi tunc ad euitãdum circuitum interpretari velimus, quaſi ex re domini directo acquirere, ex l. aditio, verſ. vlt. ff. de acquir. hæredit. vt ſupra latè aduertimus. Tandem ſi ſciat conditionem ſuam, & contemplatione domini inſtitutus, eidem nolit acquirere, adhuc per indirectum acquiret, facta videlicet reſtitutione, iuxta reſoluta in vltimo caſu ſecundi membri. Extra quas cauſas dominis putatiuis non fiet hæreditatis acquiſitio per liberos homines bona fide poſseſsos.

33 Hic opportunè † ſubiunges, quid dicendũ ſit de ſeruis alienis bona fide poſseſsis. Et certum eſt, regulariter æquiparari liberis hominibus bona fide ſeruientibus, vt oſtendit I. c. Caius, in l. acquiritur, 10. §. idem placet, ff. de acquir. rerum dominio. Vlp. in l. qui bona fide, 23. infra, eodem tit. Imper. in §. idem placet, Inſt. per quas perſonas l. ſi quis mihi bona, in princip. 25. ff. de acquir. hæred. cum mille alijs.

Secundum quam æquiparationem, ea, quæ de liberis hominibus bona fide poſseſſis ſupra

dicta

dicta ſunt, repetenda erunt in ſeruo alieno bona fide poſſeſſio reſpectu veri domini: ita, vt quando diximus, hæreditatem acquirendam eſſe libero homini bona fide ſeruienti, intelligamus in ſeruo alieno requiri iuſſum veri domini, vt ipſi acquiratur, iuxta text. in d. l. acquiritur, 10. §. 1. ff. de acq. rerum domin. l. qui in aliena, 6. ff. de acq. hæred. ne inuitus æri alieno obligetur: nam idem operatur voluntas in libero homine bona fide ſeruiente, vt ſibi acquirat; ac iuſſus veri domini in ſeruo, qui ab alio bona fide poſſidetur, vt domino fiat acquiſitio.

Et per contrarium, id, quod circa inſtitutionem liberi hominis bona fide ſeruientis propter contemplationem domini putatiui dicitur, repetatur in inſtitutione ſerui alieni facta intuitu bonę fidei poſſeſſoris, ita vt quando directo à libero homine bona fide poſſeſſo in dominum putatiuum hæreditatis fit translatio, ſimiliter fiat in bonę fidei poſſeſſorem, probat text. in l. ſed & ſi quid donetur, ff. de vſufructu, vbi notat gloſ. prima, in fine; & quando per indirectum, hoc eſt, per reſtitutionem hæreditas acquiritur, iuxta l. liber homo, 19. verſ. ſed licet, ff. de acquir. rerum domin. tunc dominus verus cogatur, qui iubeat adire, & reſtituere, argumento eius, quod inquit gloſſa vnica, ad fin. in l. ſi ſerui vſusfructus, ff. de vſufructu.

34 Illum tamen † caſum excipies, quod licet liber homo bona fide ſeruiens, ſciens conditionem ſuam, & ſponte adiens, poſſit domino putatiuo acquirere (quamuis ceſſet domini putatiui contemplatio) l. homo liber, 54. in princip. ff. de acquir. rerum domin. iunctis ſupradictis, in iiſdem tamen terminis non poterit ſeruus alienus, etſi maximè velit, bonæ fidei poſſeſſori hæreditatem acquirere, propter præiudicium veri domini, cui ipſe renunciare non poteſt, contrarium effectiuè diſponẽdo.

35 In ea ſpecie, qua † diximus inſtituto ſeruo alieno contemplatione bonæ fidei poſſeſſoris, ipſe, & non vero domino hæreditatem acquirendam, obſtat Vlp. in l. cum autem, §. vlt. verſ. vlt. ff. de ædilit. edicto, vbi deciditur, quod ad effectum, vt emptori competat hæreditas, in qua inſtitutus eſt ſeruus venditus, non attenditur cuius contemplatione ſit facta inſtitutio: immò, licet ſit habita contemplatio venditoris, adhuc emptori indiſtinctè hæreditas competet, ergo nunquam vero domino acquiretur, etſi contemplatio bonæ fidei poſſeſſoris eeſſet; & intuitu veri domini inſtitutio fiat.

Verum reſpondẽdum eſt, propterea id euenire in d. §. vlt. verſ. vlt. quia venditor ex lege venditionis totam ſerui cauſam vendere videtur, & ideo cum eo tranſit hæreditas: & inſimul ob id ſeruum charius vendit, vt notat gloſ. verbo, habeat, per text. elegantem ibi, in l. planè ſi filium, 94. §. 1. ff. de legatis primo. ibi: *Cum pretium hæreditatis, quam reſtituere rogatus eſt, habeat*, &c. vbi notant Bart. & reliqui. Sentiunt etiam omnes, per text. ibi, in §. alienus quoque ſeruus, Inſt. de hæred. inſtit. Quod mirum videri nequit. nam ſi hæreditatem vendi licet, iuxta tit. de hæredit. vel act. vendita. cur non, & conſecutiue cum ſeruo inſtituto. & ita procedunt d. §. vlt. verſ. vlt. & l. Iulianus. 14. §. ſi quid ſeruo. Inſt. de act. empt.

36 Vnde apparet † lapſum Accurt. verbo, eſſe, ad finem, in l. liber homo, 19. ff. de acq. rerum domin. vbi intelligit, quod ſi contemplatione venditoris, ſeruus, quem vendit, inſtituatur, tunc ad emptorem non pertineat hæreditas. Idem innuit, verbo, non diſtinguendum, in d. l. Iulianus, §. ſi quid ſeruo, ſic interpretans text. ibidem. Nam vltra quam quod ex dictis confundatur, & innuunt Scribentes, in d. §. ſi quid ſeruo, id manifeſtè conuincitur ex eodem §. ſi quid ſeruo, etenim text. eſt totus in oſtendendo ad emptorem pertinere, quidquid datum, relictumue eſt ſeruo vendito, ſine diſtinctione, cuius contemplatione relinquatur, quod quidem referendum eſt ad contemplationẽ venditoris: nam in primis de contemplatione ſerui nulla dubitatio erat, quæ ambulat cum ipſo; Deinde, ſi ad emptorem reſpiceret, carebat ratione dubitandi: itidem inuoluebat abſurdum, vt ſcilicet ſeruus omninò alienus, & in venditoris poteſtate conſtitutus, inſtitueretur contemplatione emptoris futuri; nam inſtitutio facta in perſonis omnino extraneis, & in alterius poteſtate, ac poſſeſſione poſitis, ad effectum, vt alteri quæratur hæreditas; non dicitur facta contemplatione ipſius, ſed potius apponitur onus, vt ipſi reſtituatur: contemplatio enim cadit in eum, qui ſub ſua poteſtate ſeruum habere exiſtimatur, ergo, &c.

37 Suprapoſitam † autem reſolutionem intellige, quando tempore venditionis iam ſeruus erat inſtitutus contemplatione venditoris, tũc enim cenſetur ipſa hæreditas vendita, vt eleganter comprobat Vlp. in d. l. Iulianus, 14. §. ſi quid ſeruo, ff. de act. empt. ibi: *Hæreditates quoque per ſeruum acquiſitæ, & legata relicta; nec diſtinguendum eſt, cuius reſpectu iſta ſint relicta*, &c. vbi tunc intuitus venditoris poſthabetur, & non attenditur, quia hæreditas iam per ſeruum acquiſita (id eſt, iam relicta, non enim agit de effectuali acquiſitione) vendita quoque cenſetur.

Alioquin ſi inſtitutio ſerui venditi facta fuiſ-

ſet

Digitized by Google

ſet poſt venditionem celebratam, contemplatione venditoris, cogitante teſtatore ſeruum illum adhuc eſſe ſub priſtino dominio venditoris, ſine dubio venditori hæreditas competet, quæ tunc vendita non cenſetur; & ideo poterit cogere emptorem nouum dominum, vt ſuo iuſſu acquiſitam reſtituat, argumento l. liber homo, 19. verſ. ſed licet, ff. de acquir. rerum domin. iuncta ratione gloſſæ vnicæ, ad finem, in l. ſi ſerui vſusfructus, ff. de vſufructu.

38 Vnde colliges, quam † immerito labatur gloſ. prima, in l. ſed & ſi quid donetur, ff. de vſufructu, vbi inquit, quod indiſtinctè, quidquid donatur ſeruo vendito poſt venditionē, totum dandum eſt emptori: apertè ſentiens, id procedere, quamuis contemplatione venditoris inſtitutio tunc temporis facta ſit, ſic explicans d. §. ſi quid ſeruo, cum tamen conſtet illum §. loqui in hæreditate antea data, quæ ob id vendita cenſetur: & contrarium innuat in poſtea relicta, intuitu venditoris, vt probauimus.

39 Illud hic opportunam † interpretationem petit, quod dicitur in d. l. cum autem, §. vlt. ff. de ædilit. edict. ibi: *Pedius quidem etiam illud non putat eſſe ſpectandum, cuius contemplatione teſtator hæredem ſcripſerit, vel ei legauerit: quia etſi venditio remaniſſet, nihil hæc res emptori proderat*. &c. vbi prima facie videtur innuere I. c. quod vendito ſeruo inſtituto, cuiuſuis contemplatione ſit, emptori non prodeſſet quamuis venditio ſtaret. At gloſ. ibidem, verbo, contemplatione, inquit, non eſſe ſpectandum reſpectum ſerui, vel venditoris, at emptoris maximè: quaſi dicat, quod ſi ſeruus inſtitueretur contemplatione emptoris, nunquam in redhibitione hæreditas contineretur; ſi vero ſerui, vel venditoris, in redhibitionem veniret.

Verum vtrumq; ſenſum non patiuntur verba ſequentia, ibi: *Et per contrarium (inquit) ſi contemplatione venditoris inſtitutus proponeretur, tamen diceretur reſtituere emptorem non debere venditori, ſi nollet eum redhibere*. vbi Vlp. ex ſententia I. c. Pedij reſoluit, per caſum contrarium præcedenti, quando reſpectu venditoris inſtituitur ſeruus (intellige ante factam venditionem, iuxta ſupradicta) nihilominus hæreditas manet penes emptorem, quando non redhibetur ſeruus, ergo in præcedenti (vt ſibi contrarius) requiritur, quod inſtitutio ſit facta etiam contemplatione emptoris; & inſimul, quod redhibitio fiat; & conſequenter hæreditas non proſit emptori, ſed venditori, his enim concurrentibus manebit caſus, & reſolutio contraria.

40 Vnde litera † communis, quæ habet: *Quia etſi venditio remanſiſſet*, manca eſt, & mutila; deeſt enim negatio, & ſupereſt copula (*&*) nam ita legendum eſt; *Quia ſi venditio non remanſiſſet*. Quod adeo verum eſt, vt etiam emendatione deficiente, propter verū ſenſum cogeretur gloſ. ibidem, verbo, remanſiſſet interpretari, id eſt, facta non eſſet.

41 Ex quibus † colligitur, quod ſi emptor redhibet ſeruū contemplatione eius inſtitutum, hæreditas omninò pertinet ad venditorem; quidquid perperam contradicat gloſ. d. verbo, contemplatione. Quod probo in primis, ex ſupra ponderata aduerſatiua; Deinde ex eo, quod à principio d. §. vlt. I. c. intendit oſtendere, quod emptore redhibente, poteſt euenire, vt venditor plus conſequatur, quam habiturus eſſet, niſi vendidiſſet: vt patet ibi: *Neque refert, potuerit hoc conſequi venditor, an non potuerit, ſi ſeruum non vendidiſſet: ponamus enim talem eſſe, qui capere aliquid ex teſtamento non poterat, nihil hæc res nocebit. Pedius quidem*, &c. vbi propoſita tali regula, ſubiungit noſtrum caſum, quo adhibetur ab emptore ſeruus eius contemplatione inſtitutus: vt ita etiam hæreditas ad venditorem pertineret; quamuis ſi venditus non eſſet, ad illum nō pertinuiſſet: quia tunc non inſtitueretur.

42 Accedit † ea ratio: quia emptor, qui ſeruum redhibet eius contemplatione inſtitutū, liberè, & ſpontaneè reddit priſtino domino, & videtur quodammodo nouam venditionē facere, & plus æſtimare pretium quod dedit, quam ſeruum etiam inſtitutum, vnde ſicut venditor diſtrahendo transfert hæreditatem in emptorem, quæ intuitu ipſius venditoris relicta erat ſeruo vendito, quia plus æſtimare creditur pretium, quod recepit; alioquin prius iuſſiſſet ſeruum adire; d. l. *Iulianus*, 14. §. ſi quid ſeruo, d. §. vlt. verſ. vlt. ita redhibendo emptor transfert hæreditatem in vēditorem, quæ contemplatione emptoris ſeruo redhibito relicta fuerat.

43 Facit, quod ex † libera alienatione, qualis eſt redhibitio ex parte emptoris, deterior efficitur conditio redhibentis, quia ex voluntate, non vero ex neceſſitate alienat: & ideo pignus ab eo conſtitutum, etiam poſt redhibitionem, manet in eius odium l. Bouem, §. pignus, ff. de ædilit. edict. vbi redditur ratio: quia ſcilicet liberè alienat. At quando ex neceſſitate ſeruum reddit, tūc pignus ſoluitur, vt notat gloſ. vlt. Bart. & reliqui, per text. ibi, qui id ſatis demonſtrat, in l. 3. ff. quibus modis pign. vel hypoth. ſoluit. & in l. ſi ex duobus, §. ſed & Marcellus, ff. de in diem addict. vbi gloſ. verbo, definere, & reliqui ibidem.

44 Si autem † poſt redhibitionem factam idē ſeruus fuerit inſtitutus contemplatione emptoris,

ptoris, qui redhibuit, quaſi adhuc eſſet ſub illius poteſtate, vel id ab emptore redhibēte omninò ignoraretur; tunc reſtituendā hæreditatē emptori puto; vt ſit æqualis vtrinq; conditio: nam nos in venditore poſt factam venditionē adſupra admiſimus. quo caſu reciperem ſententiam gloſ. d.§.vlt.verbo, contemplatione, ibi: *Habiturus erat ēt non cōtracta emptione*, &c.

45 Pro coronide † illud vētilari liceat, quid ſcilicet dicendum eſt, quando inſtituitur ſeruus eius, qui eſt in vtero, contēplatione vteri, (v.g. ſi inſtituatur ſeruus eius, qui eſt in vtero Titiæ, quo caſu cenſetur inſtitutus intuitu vteri, iuxta text. elegantem, in materia, in l.cum aliquis, 21.C. de iure deliber. ibi: *Et ſi quidem ita ſcripta eſt inſtitutio, illum ſeruum illius hæredem inſtituo, quia apertiſſimum eſt, intuitu domini eſſe inſtitutionem conſcriptam*; &c. vbi notant omnes; gloſ. etiā verbo, propter me, in l. aditio. verſ. vlt.ff. de acq. hæred. notant etiam gloſ. vlt. & reliqui, per text. ibi, in l.filiofamil.42. verſ.vlt. ff. de cond. & demonſtr. & paſſim alibi) an abortu facto, euaneſcat inſtitutio; vel potius hæreditas pertineat ad eum, ad quem ſeruus pertinere pleno iure incipit?

46 Ex ſupradictis videbatur dicendum, † inſtitutionem non euaneſcere: quia quando ſeruus alienus, vel homo liber bona fide poſſeſſus inſtituitur contemplatione domini putatiui, hæreditas per reſtitutionem ad ipſum peruenire debet prius conſiſtens in perſona inſtituti, l. liber homo, 19.verſ.ſed licet, ff.de acquir.rerum domin. & facto abortu apparet ſeruū nunquā vteri fuiſſe; ergo inſtitutio non perit; immo hęreditas ipſo iure adiri poteſt.

47 Deinde, quando † quis inſtituitur, & rogatur reſtituere ei, qui in vtero eſt, ſub cōditione grauatus cenſetur: quia dies natiuitatis incertus eſt, & pro conditione eſt, l. dies incertus, 75. ff. de cond. & demonſtr. nam ſicut incertum eſt, quando quis moriatur, l. hæres meus, verſ. hæres meus, ff. de cond. & demonſtr. ita incertum eſt, quando quis naſci debeat, argumento text. elegantis, in l. ſi dies, 21. ff. quando dies legati, ibi: *At ſi incerta, quaſi cum pubes erit*, &c. vbi licet 14. anno pubertas regulariter adueniat, tamen quando pubertatis inſpectiones (quæ iam ſublatæ ſunt princip. Inſt. quibus modis tut. finiat.) in vſu erant, pubertatis dies erat incerta, quando ſcilicet quis pubeſcere inciperet: & non ſolum eſt incertum, quando naſci debeat ille, qui in vtero eſt; ſed etiam an naſci debeat; cum abortus fieri poſſit. & quando quis rogatur ſub conditione, ſi interim fideicommiſſarius decedat, hæreditas manet penes hæredem inſtitutum, l. cum filiofam. in fine, ff. de legatis 1. innuit l. ſed & ſi ante, & l. ita tamen, §. à patre, ff. ad S.c. Trebell. probat à ſenſu contrario text. in l. Seius Saturninus, verſ. vlt. ff. eodem tit. vbi ſentit gloſ. verbo, diem, & ibidem tradit Bart. & reliqui, quod tunc fideicommiſſum ad hæredes fideicommiſſarij traſmittitur, quando illius ceſſit dies: non autem cedit dies, quando incerta, aut quælibet alia conditio actui adijcitur, l. cedere diem, ff. de verbor. ſigniſ. ergo facto abortu, & ita conditione defecta, hæreditas manere debebat apud inſtitutum, vel apud eum, ad quem de iure regulariter pertinet.

48 Tandem, quando † dominus, cuius contemplatione ſeruus inſtituitur, eundem vendit, hæreditas tranſit ad emptorem ſerui, l. Iulianus, 14. §. ſi quid ſeruo, ff. de act. empt. l. cum autem, §. vlt. verſ. vlt. ff. de ædilit. edict. vt ſupra probauimus; ergo abortu facto eius, qui erat in vtero, & cuius contemplatione ſeruus fuerat inſtitutus, nihil inconuenit, vt ad nouum dominum hæreditas permeet.

In hac quæſtione, non obſtantibus, quæ
49 hincinde adducta ſunt, puto † abortu facto inſtitutionem in futuro ſeruo vteri omninò euaneſcere, quaſi ſub conditione factam: nam contemplatio eius, qui eſt in vtero, cuius futurus ſeruus inſtituebatur, tacitam conditionem inducit, ſi naſcatur, ac eius ſeruus fiat; & eo non nato, perit diſpoſitio, argumento l. 1. ibi: *Quòd ex Arethuſa natum fuerit*, ff. de condit. & demonſtr. facit l. ſed & ſi alio, §. vlt. iuncta gloſſa, verb. nihil agit, ff. ad S. c. Trebellian. & eſt regulare in omnibus conditionibus inſtitutionum, vt impleantur, aliàs irritæ fiant. iuxta tit. de condit. inſtit.

Et ita deficiente conditione, ſeu quaſi non facta, res ad cauſam inteſtati deuocabitur, & aditus fiet legitimis hæredibus, vt eſt notum.

50 Nec obſtat primum argumentum † ex d.l. liber homo, 19. verſ.ſed licet, ff. de acquiren. rerum domin. dum ex contemplatione inducitur tantum grauamen reſtituendi, & conſequenter ſupponitur, hæreditatem ipſo iure conſiſtere in perſona inſtituti. Quia reſpondetur, nos loqui in ſeruo, qui pleno iure futurus erat eius, qui in vtero exiſtebat: in quo ex voluntate defuncti non poterat colligi indirecta hæreditatis acquiſitio, cum iure directo acquiri potuiſſet, ſi naſceretur. In quibus terminis ceſſat diſpoſitio d.l. liber homo; Vnde neceſſariò inferendum eſt, inſtitutionem eſſe conditionalem, ex mente defuncti.

51 At ſi ſeruus † alienus, vel liber homo bona fide poſſeſſi, reſeruarentur naſcituro poſthumo, cuius contēplatione hęredes ſcripti erant; tunc reciperē, aditionem poſſe procedere cōcurrentibus reliquis requiſitis, de quibus ſupra latè egimus. Sed acquiſitā per ſeruum aliēnū,

vel liberum hominem bona fide poſſeſſos hæreditatem, fiſcus ſine dubio auferet, tanquã ab indignis, ne ſcilicet retineant contra voluntatem defuncti, vt inquit text. in l. cum quidam, ibi: *Hæredibus tamen vt indignis, qui non habuerunt ſupremam voluntatem, abſtulit iampridem Senatus hæreditatem*, &c. ff. de his quib. vt indign. iuncta gloſ. verbo, non valeat, in l. hæreditas, 4. C. eodem tit. vbi comuniter ita notatur. Nec tunc provenientibus ab inteſtato quidquam faciet text. in l. vnica, §. ſi hæres inſtitutus, ff. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extab. quia in certis terminis loquitur, de quibus ſupra egimus in hoc lib. cap. 6. nu. 29.

52 Non obſtat ſecundum argumentum, † quo probabamus abortu facto, hæreditatem remanſuram penes inſtitutum, vel eum, cui inſtitutus acquirere poterat, quaſi grauatus ſub conditione: nam licet agnoſcamus, grauatum ſub conditione, ſi fideicommiſſi dies non ceſſit viuo fideicommiſſario, retenturum hæreditatem; at id intelligitur, quando conditio grauamini dumtaxat apponitur: nos verò in prædictis terminis non ponimus conditionem in grauamine, ſed in inſtitutione; quo caſu deficiente conditione, non ſolum grauamen, ſed inſtitutio ipſa corruit, notat elegans gloſſa, verbo, nihil agit, in l. ſed etſi alio, §. vlt. ff. ad S. c. Trebellian.

53 Denique † non obſtat argumentum deductum à venditore, cuius contemplatione ſeruus erat inſtitutus; & venditus acquirit emptori ante adſcriptam hæreditatem; id namque propterea euenit, quia dominus, qui vendidit, per voluntariam alienationem quodammodo in pretio recepto hæreditatem accepiſſe creditur, elegans text. in l. planè ſi filium, 94. §. 1. ff. de legatis primo, vt ſupra aduertimus. At in terminis, quibus inſtituitur ſeruus eius, qui eſt in vtero, & abortum fecit; nullus actus interuenit ex parte abortiui, qui vel liberam voluntatem in alium transferendi hæreditatem oſtendat, aut quidquam aliud intercedat, quod vicem acquiſitæ aut voluntario tranſlatæ hæreditatis redoleat, ergo, &c.

54 Manet † igitur, quod inſtituto ſeruo eius, qui in vtero eſt, ſub contemplatione ipſius, abortu facto iſtitutio irrita fit. Quod idem ex paritate rationis intelligo in eo ſeruo, qui reſeruatur poſthumo naſcituro, & nondum concepto, cuius omnino reſpectus tantum attenditur à teſtatore.

SVMMARIVM.

Latiſſimè agitur de intellectu, ac materia l. ſed ſi plures, §. filio, ff. de vulgari, à n. 1. per tot. & præcipuè. à nu. 4. & 8.

Qui pupillariter ſubſtituitur hoc modo: Quiſquis mihi hæres erit, ſit hæres filio meo, *ſemper, & indiſtinctè debet eſſe hæres patris. nu. 3.*

Pupillariter ſubſtitutus impuberi ex aſſe inſtituto, qui patri hæres extitit, non poteſt ſeparare hæreditatis, vt amplectatur pupillarem dumtaxat, paternam verò repudiet. nu. 4.

Quid dicendum ſi impubes ex aſſe ſcriptus abſtineat paterna hæreditate; an tunc ei ſubſtitutus pupillariter ſecurè poſſet adire pupillarem, quin creditoribus paternis teneatur, à nu. 5.

Quinimmo, quamuis maximè velit, non poterit de iure ordinario adire paternam. nu. 6.

Quod æque procedit, licet filius exhæreditatus ſubſtitutus ſit fratri impuberi ex aſſe inſtituto. nu. 7.

Explicatur l. Iulianus, 42. verſ. ceterum. ff. de acquir. hæred. d. n. 7. & n. 32.

Pupillaris ſubſtitutus, & ſimul cohæres eum impubere in paterno teſtamento, non poteſt amplecti ſolam pupillarem, & repudiare paternam hæreditatem. à nu. 8.

Explicatur d. l. ſed ſi plures, §. filio, verſ. idemque. ibidem.

Explicatur l. quæſitum, ff. de acquir. hæred. n. 9. cum ſequentibus, & nu. 43. & nu. 45.

Dicta lex quæſitum, de extraneo hęrede intelligi poteſt, contra Coſtam aliter ſentientem. numero 12.

Frater, qui fratri impuberi hęres eſt, & ſimul cohæres in teſtamento paterno, non poteſt ſeparare à pupillo agnitam hęreditatem paternam, & pupillaria bona dumtaxat amplecti, num. 14. & num. 37.

Latè, & eleganter explicatur l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, à numero 14. & omnino, num. 32. cum ſeqq.

Separatio ſolum conſideratur in bonis permixtis, d. num. 14. & num. 59.

An d. §. filio, verſ. idemque, ſpecialiter limitetur in fratre pupillariter ſubſtituto fratri impuberi, à nu. 15. & à num. 32.

Exiſtentia in ſuis hæredibus pro aditione eſt. nu. 15.

Propter ius abſtinendi, neceſſaria eſt immixtio in ſuis hæredibus, ibidem.

Hæreditas ex vi ſuitatis tranſmiſſa, vt quæſita tranſit. num. 17.

Hæreditas ex vi ſuitatis tranſmiſſa in ſuos, ac neceſſarios hæredes, ſecum defert ius abſtinendi. num. 18.

Hęreditas ex vi ſuitatis tranſmiſsa in extraneos hæredes, non importat ius abſtinendi, quod nouè, ac verè defenditur. d. n. 18. cum nu. ſeqq.

Priuilegia perſonalia non tranſmittuntur in extraneos hęredes; tranſmittuntur tamen in ſuos. nu. 19.

Nepotes, etiam mediante perſona patris, aliquo modo dici poſſunt ſui hęredes auo paterno, ibidem.

An ſuus heres inſtitutus, & grauatus reſtituere, ſi ignorans decedit, tranſmittat in quoſuis hęredes

hæredes ius deducendi legitimam ab onere fidei commiſſi. nu. 10. & omninò, nu. 24.

An ius petendi collationem ex potentia ſuitatis tranſmittatur in quoſcunque hæredes. nu. 21. & omninò, nu. 25. vbi diſtinguitur.

An ius petendi ſupplementum legitimæ, ex potentia ſuitatis tranſmittatur in quoſcunque hæredes, nu. 22. & omninò, nu. 26. cum ſeq.

Ius petendi collationem, & ita nondum quæſitum tranſmittitur in ſuos, ac neceſſarios hæredes. num. 25.

Explicatur l. ſi maritus, 14. C. de collationibus. ibidẽ.

Condictio ex l. omnimodo, C. de inoff. teſtam. non tranſmittitur ex potentia ſuitatis in quoſuis hæredes. nu. 26.

Condictio ex d. l. omnimodo, ſucceſſit loco querelæ de inofficioſo teſtamento. ibidem.

Querela inoff. teſtam. nondum ſaltem præparata, non tranſmittebatur ex potentia ſuitatis in quoſuis hæredes. ibidem.

Condictio ex d. l. omnimodo, tranſmittitur ad ſuos, ac neceſſarios hæredes. nu. 27.

Querela inoff. teſtam. etiam nondum præparata, tranſmittitur in ſuos, ac neceſſarios hæredes. ibidem.

Explicatur l. ſi is qui, 56. ff. de acquir. hæred. nu. 28. & eleganter ampliatur, nu. 39.

Filius in poteſtate, ſubſtitutus fratri impuberi, illi fit ſuus, ac neceſſarius hæres. nu. 29.

D. l. ſed ſi plures, §. filio, in princip. reſpectu etiam extranei ſubſtituti, habet locum, quamuis impubes per ſolam exiſtentiam ſui hæredis, patri hæres extitiſſet. nu. 30.

Si impuberi filio in terminis d. §. filio, in 1. ſpecie, nepos ex eo, ſubſtituatur, non habet locum illius deciſio: dummodo filius inſtitutus, re, vel verbo, non agnouiſſet paternam hæreditatem. numero 31.

Impubes aliquando nubere poteſt. ibidem.

Impubes aliquando generare poteſt. ibidem.

Impuberi poteſt ſubſtitui pupillariter filius eius. ibidem.

L. 1. ff. de acquir. hæred. quando locum habeat in ſuis, ac neceſſariis hæredibus eorum, qui ex potentia ſuitatis in eos tranſmiſerunt aliquam hæreditatem iniunctam propriæ. nu. 31.

Frater pupillariter ſubſtitutus fratri impuberi, qui patri hæres ipſo iure extitit, poteſt ſeparare paternam à pupillari hæreditate, & ſolam pupillarem agnoſcere. nu. 32.

Frater fratri impuberi pupillariter ſubſtitutus, non eſt illi ſimpliciter ſuus, ac neceſſarius hæres. num. 33.

Explicatur d. l. ſed ſi plures, §. 1. ff. de vulg. ibidem.

Ius abſtinendi, quod ex potentia ſuitatis tranſmittitur in ſuos, ac neceſſarios hæredes; tranſmiſſum in fratrem neceſſarium hæredem, dicitur ius ſeparationis. nu. 35.

Ratio introducendi ius abſtenſionis ibidem.

Filius olim excludebat matrem in ſucceſſione fratris inteſtati. nu. 36.

D. l. ſi filius, qui patri, reſpectu ſeparationis, non habet locum, quando impubes agnouit in vita paternam hæreditatem. nu. 37.

Hæreditas agnita fit omninò patrimonium agnoſcentis. ibidem.

L. 1. & tit. ff. de ſeparationibus, quando locum habeat. nu. 38.

Abſtenſio ceſſat in hæreditate agnita. ibidem.

In ſuis hæredibus ſucceſſio eſt merè lucratiua attento prætorio iure abſtenſionis. ibidem.

Frater pupillariter ſubſtitutus fratri, in eo caſu, quo ei neceſſarius hæres eſt, ſe abſtinere poteſt ab hæreditate pupillari. ibidem. ad finem.

Caſus elegans, in quo frater pupillariter ſubſtitutus ei fratri (qui in vita agnouit portionem hæreditatis paternæ ſibi debitę, & deceſſit) poteſt illam portionem etiam agnitam ſeparare; & totam hæreditatem paternam omninò remouere, & amplecti duntaxat pupillarem, numero 39. & quando id etiam permitti poſſit extraneo cohæredi. ibidem ad finem.

Idem facere frater poteſt per viam reſtitutionis, ſi impubes læſus fuit in agnoſcenda paterna hæreditate. nu. 40.

Remedium reſtitutionis minorum competit eorum hæredibus. ibidem.

Minor reſtituitur aduerſus agnitam hæreditatem, vt poſſit iterum ab ea abſtinere. ibidem.

An extraneus hęres minorum impuberum poſſit per reſtitutionem abſtinere ab hęreditate à pupillo agnita? ibidem remiſſiuè. & quid ſi ſit etiam cohęres in eadem paterna hæreditate? ibidem.

Extraneus ſcriptus ex aſſe hæres in teſtamento patris; & impuberi exhæredato pupillariter ſubſtitutus, non poteſt omittere paternam, & amplecti pupillarem hæreditatem. numero 41.

Quando extraneus ex aſſe hæres inſtituitur, & pupillariter ſubſtituitur impuberi exhæredato, requiritur eius aditio, vt tabulæ pupillares confirmentur. ibidem.

Explicatur obiter d. l. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe, ff. de vulgari. ibidem.

Explicatur obiter l. 2. verſ. adeo, ff. de vulgari. ibidem.

Filius ex aſſe inſtitutus, & fratri impuberi exhæredato pupillariter ſubſtitutus, poteſt amplecti pupillarem, & abſtinere ſe paterna hęreditate. à nu. 42.

Latè, ac eleganter explicatur l. filius, qui ſe paterna, 41. ff. de acquir. hæred. à d. nu. 42. & omninò à nu. 58.

Quædam Eman. a Coſta ſententia, quæ refer-

tur, à num. 41. improbatur, num. 44.

Qui pupillariter ſubſtituitur hoc modo: Quisquis mihi hæres erit, ſit hæres filio meo, *agnoſcendo pupillarem, videtur quoque adire paternam hæreditatem, ibidem.*

Poſito conſequente, ponitur antecedens neceſſarium. ibidem.

Eleganter ac latè explicatur l. pro hærede, §. Papinianus, ff. de acquir. hæred. à num. 46. cum ſeqq.

Subſtitutio pupillaris creditur diſpoſitio impuberis iuris cenſura, d. n. 46.

Libertas directa ſub conditione relicta, confirmatur per ſolam exiſtentiam ſui hæredis, numero 48. & numero 50.

Orcinus libertus eſt ille, qui directo accipit libertatem à teſtatore, & illius tantum libertus manet, d. num. 48.

Statuliber non dicitur ſeruus cui libertas legatur ſub conditione, niſi teſtatoris adita ſit hæreditas. num. 49.

Explicatur l. is, qui in poteſtate, ff. de legatis præſtand. n. 51.

Conditio dandi Titio, qui eſt vnicus hæres inſtitutus, cenſetur in dubio appoſita vt hæredi, ibidem.

Impleta conditione dandi in perſona alicuius tertij, licet filius præteritus per bonorum poſſeſſionem contra tabulas auocet hæreditatem ab inſtituto, non proinde auocabit ab illo tertio, quod recepit gratia conditionis implendæ, ibidem.

Explicatur obiter contra gloſſam text. in lege, qui hæredi, 44. §. certè, ff. de cond. & demonſtr. num. 53.

Copulatiua aliquando vertitur in coniunctam. ibidem.

In quo differat d. l. ſi filius, qui patri, à d. l. filius, qui ſe paterna, n. 59.

Qui adiuit patris hæreditatem, non poteſt reſpuere filij impuberis, in quo ſubſtitutus eſt; numero 60.

Explicatur lex qui patri, 59. ff. de acquir. hæred. ibidem.

Explicatur l. quidam elogio, 20. C. de iure deliberandi, ibidem, & num. 69.

Explicatur d. l. qui patri, verſ. quod ſic accipiendum. num. 61.

Dilatio ſecundariarum tabularum non immutat ius neceſſarij hæredis. ibidem.

Subſtitutus pupillariter, qui patris hæres extitit, decedens viuo pupillo, tranſmittit pupillarem hæreditatem, ibidem.

Explicatur l. hæredis, 7. §. tantundem, verſiculo tractari, ff. quando dies legati cedat. numero 62.

Legatarius pupillaris viuo pupillo decedens, quando tranſmittit legatum, & quando non ibidem, & num. 64.

Legatarius decedens viuo teſtatore, regulariter nihil tranſmittit ad hæredes. d. n. 62.

Subſtitutus pupillariter, ſi patri hæres non extitit, moriens viuo pupillo, nihil tranſmittit. ibidem.

Explicatur lex prima, ff. quando dies legati. numero 6.

Reprobatur quædam Coſtæ ſententia, numero 64. dict. §. tantundem, verſiculo tractari, non habet locum in fideicommiſſo pupillari ab inteſtato relicto, num. 65.

Ius accreſcendi non habet locum in ſucceſſione difformi, ibidem.

Explicatur l. 2. §. illud poteſt, ff. de hæred. vel act. vend. à nu. 66.

Dictio (maximè) *implicat caſum magis dubium. ibidem.*

Hæreditas pupillaris viuente impubere poteſt vendi cum paterna, num. 67. & etiam ſeorſim, quando venditor eius patri hæres extitit, ibidem.

Explicatur l. 2. ff. de hæred. vel act. nu. 68.

Filius, qui patris agnouit hæreditatem, poteſt abſtinere pupillari, in qua ſubſtitutus eſt pupillariter. num. 69.

Inſuper, poteſt ſeperare portionem paterna, quæ iuncta eſſe cœpit pupillari, & illam agnoſcere, abſtinere vero pupillari, dummodo per agnitionem pupilli, iuncta eſſe non cœpiſſet. num. 70.

Valet argumentum negatiuum; qui non poteſt omittere paternam, & amplecti pupillarem hæreditatem, non poterit omittere pupillarem, & amplecti paternum, numero 71. & an valeat affirmatiuum? vide num. 72.

Per dationem cohæredis, teſtator quodammodo permittit repudiationem. n. 73.

An per dationem cohæredis extranei, tollatur ſuitas; vide remiſſiuè, ibidem.

Dicta lex quidam elogio, non excitauit nouam quæſtionem, ſed Iuriſconſultis cognitam, ac deciſam. num. 74.

CAPVT XIII.

Ad Vlp. lib. 4. ad Sabinum, in l. ſed ſi plures. 10. §. filio ff. de vulgari, & pupill. ſubſtit.

1 SCribit Vlp. *filio † impuberis hærede ex eſſe inſtituto, ſubſtitutus quis eſt; extitit patri filius hæres, an poſſit ſubſtitutus ſeparare hæreditates, vt filij habeat, patris non habeat? non poteſt. Sed aut vtriuſque debet hæreditatem habere, aut neutrius. Iuncta enim hæreditas*

Digitized by Google

hæreditas cępit eſſe. Idemque eſt, ſi pater me hæredem ſcripſerit ex parte, & filium ex parte, & ego patris hæreditatem repudiauero: nam neque filij hæreditatem habere poſſum.

Inſpectio igitur noſtra verſabitur, an, & quando liceat hæreditates patris, ac filij ſeparari; vt filij habeatur, patris omnino omiſſa.

Et in primis illud tamquam indubitatum
2 ſupponendum eſt, † per exiſtentiam ſui hæredis plenè confirmari tabulas pupillares, ſine agnitione, immixtione, aut pro hærede geſtione, ſiue etiam cohęrede extranei aditione. quidquid dicat Alex. in noſtro §. filio, vbi innuit gloſ. verb. habere poſſum, & in l. ſi filius, patri verbo, qui fratri, ff de vulgari, & verb. amplecti, in l. quæſitum, 40. ff. de aequir. hæred. & verbo, abſtinuiſſet, in l. filius, qui ſe paterna, 41. ff. eodem tit. & verbo admittantur, ante med. in l. quidam elogio, 20. C. de iure deliber. quidquid etiam audacter contradicat Alciat. in d. l. ſi filius, qui patri, n. 11. & 23. quos omnes ingenioſè, vt ſolet, ac veriſſimè expugnat Coſta Luſitanus I. c. in cap. ſi pater, de teſtam. 2. parte, uerbo, deferuntur, à n. 3. & omnino d. nu. 14. Decius, conſ. 331. nu. 2. Luſitanus Caldas, in repet. l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, à nu. 43. C. de in integrum reſtit. minorum. Vigl. in §. ſui, nu. 6. Inſt. de hæred. qualit.

Deinde ſuppouendum eſt, noſtram quęſtio
3 nem nequaquam ventilari, quando † ſubſtitutio pupillaris fit hoc modo: *Quiſquis mihi hæres erit, ſit hæres filio meo*: nam in his terminis omninò requiritur acceptatio hæreditatis paternæ, aliter pupillaris nequibit complecti, quaſi ſub conditione facta, l. qui liberis, 8. ad finem principij, ff. de vulgari notat Viglius, in §. ſubſtituitur, n. 2. Inſt. de pupillari.

4 Manet ergo diſceptandum, quando † pupillaris ſubſtitutio fit nomine proprio. Quo ſuppoſito, in primis quæritur, quando impubes eſt inſtitutus ex aſſe, & hæres patri extitit, an ei ſubſtitutus pupillariter poſſit filij amplecti, patris verò repudiare hæreditatem? Cui negatiuè ſatisfacit Vlp. in d. l. ſed ſi plures, §. filio, ff. de vulgari, vbi rationem reddit, ibi: *Iuncta enim hæreditas cæpit eſſe*. Quæ reſolutio eſt citra omnem controuerſiæ aleam: nam alioquin ſequeretur, pupillum poſſe pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum decedere, contra regulam l. ius noſtrum, ff. de regulis iuris, & magis in ſpecie text. in l. 1. ff. de acquir. hæred. vbi inquit I. c. Paul. *Qui totam hæreditatem acquirere poteſt, is pro parte eam ſcindendo, adire non poteſt.*

5 Quid autem dicendum, ſi † pupillus ex aſſe inſtitutus abſtineat paterna hæreditate, an poſſit ei ſubſtitutus ſecure adire pupilli hæreditatem, quin incidat in paternam, & in eius onera? & Iulianus I. c. relatus ab Vlpiano in l. Iulianus, 42. aliàs ſecundum vulgarem editionem, l. ſi pupillo, 42. ff. de acquir. hæred. putat ſubſtitutum in dictis terminis agnoſcentē pupilli hæreditatē omninò cōpellendū reſpōdere paternis creditoribus, vt patet ibi: *Niſi ſubſtitutus ei fuit, inclinat enim in hoc, vt patet ſubſtitutum etiam patris onera ſubiturum*, &c. motus ea ratione: quia adiens ex ſubſtitutione, ex iudicio paterno adire videtur, vt ex eiuſdem Iuliani ſententia iterum refert Vlp. in l. quæſitū, 40. ff. de acquir. hæred. & conſequenter videbatur compellendus reſpondere creditoribus paternis; ne iudiciū impugnaret, quo iuuatur.

Verum rectè à Marcello reprehenditur; quem ſequitur Vlp. in d. l. Iulianus, qui mouentur ex eo, quia ſequeretur quid nociuum pupillo, vt patet ibi: *Impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem, metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hæreditatem adibit*, &c. Atque ita reſoluunt, pupillo ex aſſe inſtituto, & abſtinente, ſubſtitutum pupillarem ſolam impuberis hæreditatem agnoſcere poſſe.

6 Confirmari etiam † poteſt hæc ſententia à ceſſante ratione d. l. ſed ſi plures, §. filio: nam cum per abſtenſionem impuberis, iam ſit ſeparata hæreditas paterna à pupillari patrimonio, nihil inconuenit, quod poſſit ſubſtitutus ſolam pupilli acceptare hæreditatem; nec tunc dicetur repudiare paternam, quæ illi non defertur propter abſtenſionem filij, ex regula l. is poteſt, ff. de acquir. hæred. Quinimmo, nec etiam ex eadem ratione, quamuis maximè velit de iure ordinatio poterit paternam adire, quæ illi non defertur, nec deferri poteſt. Et hanc reſolutionem amplectitur etiam gloſſa, verbo, admittantur, in l. quidam elogio, 20. C. de iure deliber. quamuis tunc perperam requirat alterius cohæredis aditionem, quia putabat per exiſtentiam ſui hæredis dumtaxat non confirmari tabulas pupillares.

7 Quæquidem † reſolutio æquè procedit in fratre impuberis: nam ſi pupillus ex aſſe inſtitutus, exhæredato fratre eidem pupillariter ſubſtituto, abſtinet ſe paterna hęreditate, frater ſubſtitutus recipietur ad bona pupilli dumtaxat, ex ſupradictis rationibus.

Nec obſtabit d. l. Iulian. 42. in princip. verſ. ceterum, ff. de acq. hæred. ibi: *Ceterum vtiq; ſi frater à patre fratri ſubſtitutus impuberi ſit, ſine dubio neceſſarius heres exiſtet*; vbi gloſ. verbo, exiſtet, & verbo, fratri, in l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, exiſtimat in prædicta ſpecie patri quoque neceſſarium fore; & ſatis id innuit mens I. conſulti, in d. l. Iulianus.

Quia reſpondetur, d. verſ. ceterum, neceſſa-

riò ſupponere, fratrem nō ſolū fuiſſe ſuſtitutū fratri impuberi, ſed inſuper cohæredem patri, ad quod cogunt ſupradicta de hærede extraneo; & in dubio ita præſumi debet, propter validitatem teſtamenti, l. inter cetera, ff. de liberis & poſth. quo caſu, & patri, & fratri neceſſarius hæres erat, d. l. ſi filius, qui patri, iuncta noſtra l. ſed ſi plures, §. quos poſſum, ff. de vulgari. & ita, licet frater impubes ſe abſtinuerit paterna hæreditate, adhuc frater ſubſtitutus, manebat neceſſarius patri, quatenus ſcriptus ab eo erat; ac per conſequens, de rigore ciuili, non poterat acceptare pupillarem, & omittere paternam hæreditatem; quia abſtinente fratre, perinde erat, ac ſi ex aſſe inſtitutus eſſet, quo caſu abſtinens videbatur impugnare paternum iudicium, iuxta d. l. quæſitu, 40. ff. de acq. hæred. cui ſecundum epygraphem ſubnectitur continuatiuè d. l. Iulianus, cum ſit eiuſdem auctoris Vlp. eodem lib. 4. diſputat. Attamen, licet hoc de auſteritate iuris ſtatueretur, interueniente tamen Prætorio abſtentionis remedio, poterit amplecti ſolam pupillarem, & omittere paternam hæreditatem, argumento d. l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari. vbi in terminis ita tenet gloſſa, verbo, fratri, & in d. l. Iulianus, verbo, exiſtet, quam communiter Doctores ſequuntur.

8 Secunda principalis ſpecies erit, quādo † filius impubes inſtituitur dato cohærede, eodemque ſubſtituto pupillariter. In qua similiter reſpondendum eſt, non poſſe pupillariter ſubſtitutum paternam repudiare, & amplecti pupillarem, d. §. filio, verſ. idemque, ibi: *Idemque eſt, ſi pater me hæredem ſcripſerit ex parte, & filium ex parte; & ego patris hæreditatem repudiauero: nam neque filij hæreditatem habere poſſum*; vbi ita tenent omnes. Et ratio eſt in promptu: quia cum repudiata à cohærede extraneo paterna hæreditas, ipſo iure accreſcat pupillo, qui patri hæres extitit; iam vtraque iuncta eſſe incipit: & ideo non poteſt ſubſtitutus alteram ab altera ſeparare, d. §. filio, bonus text. in l. ſi is qui, 56. iuncta l. præcedenti, ff. de acquir. hæred.

9 Quæ reſolutio † oppugnatur ab Vlp. in l. quæſitum, 40. ff. de acquir. hæred. vbi ex parte hæres inſtitutus, poteſt amplecti pupillarē, & repudiare paternam hæreditatem, vt patet ibi: *Vt ſi ex parte, potuerit ſine metu remota patris ſucceſſione impuberis hęreditatem amplecti*; & ita ſibi manet contrarius Vlp. in d. §. filio.

Ceterum reſpondetur, d. l. quæſitum, eſſe declaratoriam d. §. filio, vt ſcilicet, quamuis pupillo ex parte inſtituto cohæres datus, & pariter ſubſtitutus non poſſit paternam repudiare, & pupillarem amplecti, d. §. filio, ſi tamen vltra filium inſtitutum, detur tertius hæres, cuius aditione iudicium paternum ſuſtineatur, tunc poterit amplecti pupillarem, repudiata paterna hæreditate, tradit gloſſa vlt. in d. l. quæſitum; tum quia ſubſtitutus adeundo ſolam pupillarem, iam non videtur euertere, ac impugnare iudicium paternum, l. ita tamē, 27. §. qui ſuſpectam, verſ. vlt. ff. ad S. c. Trebell. tum etiam, quia repudiata portio paterna, etiam tertio hæredi defertur, non omninò iungitur pupillari.

Quod quidem intellige reſpectu portionis hæreditariæ, in qua hæres ſcriptus eſt in teſtamento paterno: hæc enim repudiata defertur etiam tertio hæredi. Portio verò paternæ hęreditatis, quæ impuberi ſcripto in uita competijt, hæc nequaquam repudiari poteſt, nec ſeparari, iuxta d. §. filio, ibi: *Iuncta enim hæreditas cępit eſſe*; tradit gloſſa, verbo, admittantur, ad med. in l. quidam elogio, 20. C. de iure deliberan.

10 Vel aliter intelligo † d. l. quæſitum, impuberem ſcilicet fuiſſe exhæredatum, & duos extraneos inſtitutos pro partibus, quorum alter erat impuberi exhæredato pupillariter ſubſtitutus: poterit enim tunc iſte paternam hæreditatem repudiare (quæ accreſcit cohæredi, cuius aditione ſuſtinetur iudicium paternum) & amplecti pupillarem, ceſſat namque ratio d. §. filio.

11 Aut tandem † intellige d. l. quæſitum, ſi filius, & ei pupillariter ſubſtitutus, ſint cohæredes in paterno teſtamento, iuxta d. §. filio. Attamen cohæres repudiauit paternam hæreditatem pro ſua parte, & poſtea etiam pupillus abſtinuit vniuerſa hæreditate, vt poterat, l. neceſſarijs, 57. ff. de acquir. hæred. & ex particulari etiam ratione l. cum hæreditate, 55. ſupra, eodem tit. tunc poterit ſubſtitutus pupillarem duntaxat amplecti hæreditatē, omiſſa paterna. Ratio eſt: quia à principio omittendo ſuam partem hæreditatis paternæ, non impugnauit defuncti iudicium, cum eſſet cohæres filius, qui ſola exiſtentia ſuitatis confirmabat teſtamentum paternum, & præcipuè immixtione, iuxta l. 1. §. prætermittere, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. & ita ceſſabat inconueniens d. l. quæſitum, & d. l. ita tamen, 27. §. qui ſuſpectam, verſ. vlt. ff. ad S. c. Trebell. Deinde, impubes abſtinendo, totam paternā hæreditatem à ſuis bonis ſeparabat, & conſequenter ceſſabat ratio d. §. filio, ergo nihil inconuenit, quod in his terminis poſſit ſubſtitutus ſolam pupillarem amplecti.

Niſi forſan dicas, ad cohęredē extraneum, tempore, quo repudiat, totam paternam hæreditatem delatam eſſe, prius abſtinente impubere, & per conſequens, videri indignum hæreditate pupilli: quia iam extraneo hærede repudi-

pudiante, non manet hæres, cuius aditione potuiſſet paternum iudicium cum effectu ſuſtineri; & ita ſtaret in viridi obſeruantia ratio d. l. quæſitum, & d. §. qui ſuſpectam, verſ. vlt. prædictam hæreditatum ſeparationem interdicens.

12 Ex quibus conſtat † d. l. quæſitum, loqui tam in extraneo hærede inſtituto, & pupillariter ſubſtituto, quam in fratre impuberis: cum ratio, cui innititur, generalis ſit, vt patet ex d. l. ita tamen, §. qui ſuſpectam, verſ. vlt. ff. ad Trebell. quidquid contradicat Eman. à Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo deferuntur, nu. 15. putans loqui tantum in filio, qui patri, & fratri hæres ſcriptus erat, iuxta terminos text. in l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari: nã in d. l. quæſitum, oſtenditur caſus, quo ſecurus eſt quilibet hæres patris, qui vult dumtaxat pupillarem hęreditatem amplecti. At in d. l. ſi filius, qui patri, datur remedium ſpeciale ſolis liberis competens, vt inferius oſtendemus.

13 Regulariter igitur, † quãdo filio impuberi pro parte inſtituto, cohęres ſubſtituitur pupillariter, non poteſt iſte pupillarem amplecti, & repudiare paternam, ex ratione d. §. filio, ibi: *Iuncta enim cœpit eſſe hæreditas*; quæ ad noſtrum caſum porrigitur, vt apparet ex d. §. filio, verſ. idemque.

14 Quam reſolutionem amplia, etiamſi † cohæres ſit frater impuberis, cui pupillariter ſubſtituitur: nam cum cœpit eſſe iuncta hæreditas paterna pupillari, per immixtionem, vel agnitionem impuberis, iam non poteſt illam ſeparare à pupillari, re enim, & intellectu vnicum eſt patrimonium.

Sed obſtat l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, ibi: *Iuſtius enim Prætorem facturum exiſtimo, ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit*, &c. quibus verbis oſtenditur, agi de ſeparatione hæreditatis paternæ, quę cępit iuncta eſſe pupillari: alioquin ſi de propria portione illi delata, vel de fratre pupillo exhæredato ageret, non quidem ſeparationem bonorum, ſed potius abſtenſionem diceret, reſpectu paternorum, in quibus hæres fuerat inſtitutus; quod ita innuit gloſ. verbo, habere poſſum, in d. §. filio, dum opponit ex d. l. ſi filius, qui patri; conſtat autem in d. §. filio, agi de ſeparatione hæreditatis paternæ coniunctę pupillari, vt patet ibi: *An poſſit ſubſtitutus ſeparare hæreditates*; &c. & facit l. 1. & totus tit. ff. de ſeparationibus, vbi ſeparatio à Prętore permittitur tantũ ad ſecernenda bona, quę omninò erant iuncta, ergo ſeparatio in bonis commixtis locum habet: & in his terminis fratri permiſſa cenſetur.

15 Vnde gloſ. † in d. §. filio, verbo, habere poſſum, in prima ſolutione dicit, & hoc eſſe ſpeciale in filio. Sequi videtur Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, deferuntur, n. 15. in principio, & nu. 17. verſ. ex his apparet. Atque ita ſentit gloſſa, quod licet regulariter ſcriptus à patre, vt ſibi, & filio ſuo impuberi hęres ſit, non poſſit paternam pupillari immixtam repudiare, & amplecti pupillarem; ſi tamẽ ſit filius teſtatoris, & fratri ſubſtitutus pupillariter, poterit alteram ab altera hęreditate ſeparare, & ſolam pupillarem complecti.

Verum vt diximus, in hoc non agnoſcimus quid ſpeciale, immò frater fratri ſubſtituius, ſi hęreditas paterna, & pupilli iuncta eſſe cępit, non poteſt bona paterna ſeparare à pupillaribus, & hęc tantum amplecti. Nec obſtabit d. l. ſi filius, qui patri.

16 Nam pro † ſolutione aduerte Primò, quod licet in ſuis hęredibus non requiratur aditio, ſed ipſo iure hęredes fiant parentibus, l. in ſuis, ff. de liberis, & poſthum. l. in ſuis, ff. de ſuis, & legitim. vt eſt vulgare. Attamen propter beneficium abſtenſionis, quod Prętor ſolet indulgere, quo impetrato, perinde eſt, ac ſi hæredes non eſſent; ſuperueniens agnitio, vel immixtio illa oſtendit omninò hęredes, & indubitabiliter, vt docet Vlp. in l. 1. §. prętermittere, verſ. qui ſunt, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſt. ibi: *Quod ſi poſtea miſcuerunt, ex teſtamento videntur hæredes, niſi ſi abſtinuerint quidem ſe teſtamento, verum ab inteſtato petierint bonorum poſſeſſionem*; &c.

17 Deinde aduerte, quod † ſuus hæres, qui hęreditatem paternam ex vi tantum ſuitatis tranſmittit, illam vt iam quæſitam transferet, vt patet ex l. Lucius, ff. de iure fiſci, ibi: *Omnis hæreditas*, &c. l. inteſtato, §. penult. ff. de ſuis, & legit. ibi: *Integram hæreditatem ad hæredem ſuum tranſmittit*; &c. Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, ac deinde filio, nu. 4. Eo tamen adiecto, quod ſi tramiſſio fiat in hæredes quoque neceſſarios, ſimul cum hæreditate
18 ex potentia † ſuitatis tranſmiſſa, tranſit ius abſtinendi, l. ſi quis filium fam. 7. §. 1. ff. de acquir. hæred. At ſi ſint hæredes extranei, nequaquã poterunt vti iure abſtenſionis, reſpectu antiqui teſtatoris, cui mediante ſuo hærede ſuccedunt, vt clarè innuit d. l. ſi quis filium, §. 1. ibi: *Deceſſerit relicto filio neceſſario, permittendum eſt nepoti abſtinere ſe ab aui hæreditate*; &c. vbi pro regula id conſtituit in filio neceſſario hærede neceſſarij hæredis, ergo contrarium diſponit in reliquis hæredibus. Quod clarius inſinuat in §. ſequenti, vbi inquit, quod qui ei hæres extitit, qui Titio hæres fuerat, nõ poteſt Titij omittere hæreditatem. Qua reſolutione immediatè poſita, vult I.c. Paul. oſtendere differentiam inter hæredes extraneos & ſuos,

vt hi

vt hi poſſint eodem iure vti, quo eiuſdem parentes, ſcilicet, abſtinendo. At illi, non: quia negari nequit, filium ſuum hæredem, qui poſt mortem patris deceſſit, extitiſſe ipſo iure hæredem patri ſuo, & conſequenter habere locũ d. l. ſi quis filiumſam. §. vlt. Quam opinionẽ, licet apud aliquem non inuenerim, veriſſimã tamen puto, & rectè probatam in d. l. ſi quis filium, §. 1. cum ſeq. quidquid contrarium tradat Bart. in l. ventre præterito, nu. 13. ff. de acquir. hæredit. Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, ac deinde filio, nu. 23. & in §. cum in bello, verbo, bona vendicaret, num. 3. in fine. Alciat in d. l. ventre præterito, num. 18. Luſitanus Caldas, in repet. l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, nu. 37. C. de in integrum reſtit. minorum.

19 Quam nouam † ſententiam contra nuperrimè citatos patres, ex ea inſuper ratione ſtabilio: nam ius abſtinendi ex Prætorio beneficio contra iuris ſeueritatem filijs ſuis hæredibus conceſſum eſt, vt patet ex l. neceſſarijs, 57. ff. de acquir. hæredit. §. ſui, Inſt. de hæred. qualit. vbi Vigl. nu. 6. & 8. ergo ad extraneos hæredes tranſmitti nequit, iuxta regulam l. quia tale, quam latiſſimè exornat Luſitanus Barb. ff. ſoluto matrimonio. iuncta l. præcedenti, ibi: *Sed hoc hæredi non eſt præſtandum*; quæ tamen regula etiam in terminis, in quibus ſtatuitur, limitatur in filijs hæredibus, vt patet in l. etiam, ff. ſoluto matrimon. notat vtrobique gloſ. Barboſa, & reliqui ordinarij interpretes. Vnde, licet ius abſtinendi non eſſet tranſmiſſibile ad hæredes ſuorum hæredum, ſi tamen iſti non ſunt extranei, ſed ſui, & neceſſarij, tranſmiſſo abſtinendi iure potientur, præſertim, quia nepotes quodammodo manent ſui hæredes auo, etiam interpoſita perſona patris, l. ſi filius hæres, ff. de liberis, & poſthum. l. qui in aliena, §. interdum, ff. de acquir. hæred. l. qui ſe patris, C. Vnde liberi, ergo nihil mirũ, quod in ipſos, non verò in extraneos hæredes transferatur ius abſtinendi.

20 Verum † huic nouæ, ac veræ ſententiæ obſtat Primò, quod ſuus inſtitutus, & grauatus de reſtituenda hęreditate, ex potentia ſuitatis tranſmittit in quoſuis hæredes ius deducendi legitimam portionem ab onere fideicommiſſi, vt latè probat Eman. à Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, debitæ, nu. 10.

21 Deinde obſtat, quod † in quoslibet hæredes ex potentia ſuitatis tranſmittitur ius petendi collationem, vt tenuit Cagnol. in l. ſi emancipati, nu. 61. C. de collationibus. Alciat. in l. ventre præterito, num. 27. ff. de acq. hæred. Coſta, d. verb. debitæ, nu. 11. verſ. tertio non obſtat, qui mouentur per text. in l. ſi maritus, 14. C. de collationibus. ergo & ius abſtinendi omninò & indiſtinctè tranſmittitur.

22 Tertiò obijcitur, † quod ius petendi ſupplementum, eſt tranſmiſſibile ad quoſcunque hæredes, cum hæreditate ex potentia tantum ſuitatis tranſmiſſa, vt ex ſententia Benedicti de Benedictis, conſ. 5. Cum viſo, col. vlt. & aliorum ita tradit Coſta, d. verbo, debitæ, nu. 13. ergo &c.

23 Obijcitur tandem † text. in l. ſi is qui, 56. ff. de acquir. hæred. vbi indiſtinctè ad quemcumque hæredem transfertur ius abſtinendi, quod in terminis illius textus neceſſariò hæredi competabat, ergo &c.

24 His tamen † non obſtantibus, vera eſt noſtra ſuprapoſita ſententia, nempè, ius abſtinendi non tranſmitti in quoſcumque hæredes, ſed tantum in ſuos, & neceſſarios; nec contrariũ ſuadent prædictæ obiectiones: nam ad Primam reſpondetur, nihil concludere; etenim, propterea quilibet hæres poteſt vti iure tranſmiſſo deducendi legitimam ab onere fideicõmiſſi, quia & ipſa legitima iam libera ex poteſtate legis transmiſſa creditur, iuxta l. quoniam in prioribus, C. de inoff. teſtam. vnde hæres nihil ſpeciale tunc exercet, quinimmò, ius operatur deductionem iſtam.

25 Quod attinet † ad 2. obiectionem, putabat Aretinus, in d. l. ſi maritus, ius petendi collationem, & ita nondum quæſitum, nequaquã tranſmitti. cui arridet Vlp. in l. 1. §. idem Iulianus ff. de collatione bonorum, vbi Bart. expreſſim colligit, ius conferendi nondum quæſitum, neutiquam tranſmitti.

Ego tamen in hac quæſtione mediam viam ſequor, nempe, regulariter ius conferendi nondum quæſitum non tranſmitti, caſu excepto, quo ſint liberi hæredes neceſſarij, in quos trãſmitti puto. Quoad regulam, moueor ex eo, quod prẹfatum ius ſolis liberis competit, vt patet ex tit. ff. & C. de collationibus; & licet ſuaptè natura ſit intranſmiſſibile, tamen in ſuos & neceſſarios hẹredes propterea tranſmittitur, quia in eis aliquale datur veſtigium eorũ, quẹ leges requirunt, vt tale ius competat, iuxta ſupradicta. Quam ſententiam mire roborat d. l. ſi maritus, 14. C. de collation. ibi: *Patri ſuo hæres extitit*; &c. Quẹ verba, non ad cognitionem, ſiue immixtionem, ſed potius ad exiſtentiam ſui hẹredis referenda ſunt, argumento l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, aduertit in terminis Coſta, vbi ſupra, d. verbo, debitẹ, nu. 11. verſ. tertio non obſtat. Atque ita ſupponit text. tranſmiſſionem factam fuiſſe ex verbo, ſuitatis; & ſtatim ſubijcit: *Et ei poſthumus editus à te ſucceſſit*; Quibus verbis concludit, quod quamuis præfatum ius non tranſmittatur ex potentia ſuitatis, tranſmittitur tamen in poſthumum ſuum hẹredem.

Ad

26 Ad tertiam obiectionem † reſpondetur, ius petendi ſupplementi per condictionē l. omnimodo, C. de inoff. teſtam. non eſſe tranſmiſſibile ex potentia tantum ſuitatis; quinimmò regulariter requiri, vt filius intendat, & præparetur agere ad ſupplementum; & ratio eſt: quia cum hæc actio ex d. l. omnimodo, ſuccedat loco querelæ, vt patet ex eadem l. omnimodo, & querela nondum ſaltem præparata ad hæredes non tranſmittatur, l. poſthumus, 6. §. vlt. cum l. ſequenti, ff. de inoff. teſtam. ſequitur prædictum ius potentiale, non tranſmitti ex ſola vi ſuitatis, iuxta regulam ſubrogatorum, l. ſi eum, §. qui iniuriarum, ff. ſi quis cautionibus. l. filiæ ſuæ, §. vlt. ff. de cond. & demonſtr. §. fuerat, Inſt. de actionibus.

27 Si tamen filius, † cui dicta condictio competebat ad petendum ſupplementum, ſuos, & neceſſarios hæredes relinquat, in eos ſine dubio tranſmittetur ex potentia ſuitatis, eodem modo, quo erat apud eorum parentem; idq; comprobo à ceſſante ratione eorum, quæ proximè diximus: nam eſt text. elegans in l. ſi quis filium, 34. C. de inoff. teſtam. qui decidit, quod in ſuos hæredes tranſmittitur querela nondum præparata, vbi ita notat Bald. & reliqui. Et ex dictis conſtat, condictionem ex d. l. omnimodo, ſucceſſiſſe loco querelæ; ergo talis condictio in ijsdem terminis tranſmittitur ex potentia ſola ſuitatis in ſuos hæredes. Et certè in hac ſpecie inficiari nequit differentia inter ſuos, & extraneos hæredes, cum reſpectu querelæ nondum præparatæ, eam conſtituat, text. in d. l. poſthumus, 6. §. vlt. cum l. ſeq. ff. de inoff. teſt. & d. l. ſi quis filium. C. eodem tit.

28 Ad vltimam † tandem obiectionem reſpondetur, d. l. ſi is qui, 59. ff. de acquir. hæred. cōtinuare ſpeciem l. præcedentis, in qua Marcianus I.c. eam quæſtionem excitauerat, quid ſcilicet dicendum, quando filius teſtatoris abſtinet à portione ſibi relicta, an alter filius, vel extraneus cohæres, qui ſuam portionem agnouerat, debeat neceſſario agnoſcere portionem vacantem; aut poſſit ſibi particulariter relictam duntaxat retinere? & reſpondet, aut totam agniturum, vel à tota receſſurum. Subiungit Vlp. in d. l. ſi is qui; quod ſi tempore quo filius abſtinet, cohæres filius, vel extraneus, qui agnouerat hæreditatem, deceſſiſſet, in ſuos hæredes tranſmiſiſſe idem ius, quod habebat; videlicet, vt vel iam agnitam portionem dimittat, vel totam agnoſcat; & ita iam nō poteſt intelligi de iure abſtinendi ordinario ex vi ſuitatis tranſmiſſo, quippe, agit de portione agnita, & immixta, ſed de alio iure, de quo in l. præcedenti, quod eſt, aut à tota hæreditate recedendi, aut totam agnoſcendi, quod cuicumque hæredi, etiam extraneo, competebat, vt patet ex l. præcedenti, ibi: *Conceſſio cohæredi, ſiue ſuo, ſiue extraneo defertur, vt aut totā agnoſcat, aut à tota recedat.* &c. Manet igitur, quod ius abſtinendi à Prætore indultum ſuis, & neceſſarijs hæredibus, non eſt tranſmiſibile ad quoſcunque hæredes, ex potentia ſuitatis.

29 Denique † principaliter aduerte, fratrem ſubſtitutum impuberi, ſi neceſſarius eſt patri, etiam fratri neceſſarium eſſe, l. ſed ſi plures, §. quos poſſum, ff. de vulgari, vbi id tradit Bart. ab omnibus receptus, quem ſequitur Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, ſubſequenter & filia, nu. 20.

30 Quibus † præhabitis, collige Primò, quod in ſupraposita quæſtione ex d. l. ſed ſi plures, §. filio, ff. de vulgari, licet filius non ſe immiſcuiſſet hæreditati paternæ, ſed tantum ipſo iure hæres extitiſſet, adhuc extraneus illi pupillariter ſubſtitutus, non potuiſſet abſtinere hæreditate paterna ex perſona filij, illamque ſeparare a pupillari, & ſolam pupillarem amplecti, Angel. de Peric. in repet. l. in ſuis, nu. 167. ff. de liberis & poſthum. nam ipſo iure cœpit eſſe iuncta, & quæſita iam tranſmittitur; & ſuccedit d. §. filio, & d. l. ſi quis filiumfam. §. vlt. ff. de vulgari, & ita tenet elegans gloſſa, verbo, admittantur, ad medium, in l. quidam elogio, 20. C. de iure deliberandi. Luſitanus Caldas, in repet. l. ſi curatorem, verb. minoribus, num. 58. verſ. quod autem, poſt med. C. de in integr. reſtit. minor.

31 Collige ſecundò, quod † licet nepos neceſſarius hæres patri, in quem tranſmiſſa eſt hæreditas auita ex potentia ſuitatis, ipſo iure quæſitam aui hæreditatem amplecti debeat de ſeueritate iuris, ſi paternam velit, cui iuncta de rigore eſſe cœpit auita, nihilominus tamen, cum ex dictis in hūc nepotem neceſſarium hæredem, tranſmiſſum ſit ius abſtinendi, d. l. ſi quis filium, §. 1. ff. de acquir. hæred. poterit adhuc ſeparare auitam à paterna, & hanc duntaxat amplecti.

Vnde ſi in terminis d. §. filio, impubes filius malitia ætatem ſupplente, nuberet, iuxta cap. de illis, 2. cap. puberes, cap. vlt. de deſponſatione impub. liberóſque procrearet, vt multoties accidiſſe referunt. Imola in l. in pupillari, nu. 6. ff. de vulgari. Ripa, in l. 2. ſupra eodem, idem Imola, in l. humanitatis, nu. 6. C. de impub. & alijs. Ioannes Imol. in cap. Rainutius, de teſtamentis, nu. 120. vbi Guilielmus Benedict. in verbo, ſi abſque liberis moreretur, il. 2. de pupillari ſubſtitutione, nu. 14. Couar. de ſponſal. 2. parte, cap. 5. nu. 4. & auus hunc nepotem patri impuberi pupillariter ſubſtituiſſet, quod de iure poterat, argumento

mento l. ex facto, ff. de vulgari, tradunt in ſpecie Imola, in d. l. in pupillari, in fine, Ripa, vbi ſupra, in fine, & plures, quos referens ſequitur Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, impuberes, nu. 10. de teſtament. & pater nepotis auitam hæreditatem ex potentia tantum ſuitatis in nepotem tranſmiſiſſet, poterit nepos abſtinere ſe auita, illamque licet ipſo iure quæſitam, & coniunctam paternæ ſeparare, & ſolam paternam, quæ pupillaris eſt, amplecti, ceſſaret quippe in his terminis deciſio d. §. filio, ex ſupra dictis.

Quam illationem intellige omninò, quando pater non agnitam hæreditatem ex potentia ſuitatis tranſmiſit: nã ſi peculiariter agnouit, vel immiſcuit: iam vnum omninò patrimonium ex vtriſque bonis eſt effectum, & vnica, ac ſimplex hæreditas, vt in terminis tenet gloſſa elegans, in verbo, negat, ad med. in l. qui ſe patris, C. Vnde liberi, & ita etiam in his terminis quoad ſuos hæredes, non permittetur ſeparatio, & locum ſortiẽtur d. §. filio, & l. 1. ff. de acquir. hæred. vt agnouit gloſ. d. verbo, negat, ad med.

32 Collige tandẽ, quod † cũ frater fratri pupillariter ſubſtitutus eſt, iuncta impuberis hæreditate, (qui patri ipſo iure hæres extitit) ad fratrem ſubſtitutum paternæ quoque hæreditas ex viribus ſuitatis tranſmiſſa fit, & conſequenter, videatur non poſſe frater ſubſtitutus tunc ſeparare paternam à pupillari, & pupillarem duntaxat amplecti, vt de ſeueritate iuris elegãter innuit Vlp. (qui ſic debet intelligi) in l. Iulianus, 42. verſ. ceterum, ff. de acquir. hæred. ſicut alias dicebamus in extraneo, qui ſimul patri, & filio hæres ſcriptus fuerat.

Verum tamen, quia frater fratri impuberi ſubſtitutus, ſi patri neceſſarius eſt, etiam neceſſarius fratri fiat, iuxta ſupra dicta, ſequitur, in eum hæreditatem paternam tranſmiſſam per fratris impuberis perſonam, inuoluiſſe ius quoddam abſtinendi, argumento l. ſi quis filiumfam. §. 1. ff. de acquir. hæredit. vt ſupra explicauimus; vnde, abſtenſione quodammodo implorata, bonorum ſeparatio fiebat, cuius interuentu, poterat pupillarem duntaxat hæreditatem amplecti; & ita procedit d. l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, dum agit de ſeparatione bonorum, quæ, vt notauimus, ſolum reſpectu bonorum impuberis locum ſortiri poterat.

Cui deciſioni duplex ſuberat dubitandi ra-
33 tio. Prima, † quod ius abſtinendi, ſolum in ſuos hæredes, qui ſimpliciter tales dicuntur, videbatur tranſmitti poſſe ex vi ſuitatis, iuxta l. ſi quis filiumfam. §. 1. ff. de acquir. hæred. vbi loquitur de nepote neceſſario hærede: at frater, quando fratri pupillariter ſubſtituitur, non erat fratri hæres neceſſarius ſimpliciter, cum patria poteſtas deficeret, §. ſui, vbi Vigl. num. 3. & reliqui, Inſt. de hæred. qual. immo omnis poteſtas abeſſet, §. vnico, Inſt. de fiduciaria tutela. Sed ex priuilegio patris conceſſo d. l. ſed ſi plures, §. 1. ff. de vulgari, quaſi pater, qui filio ſcribit hæredes, ſibi alioquin neceſſarios, ſibi teſtari videatur; Et hęc dubitandi ratio ſolum reſpiciebat illam portionem hęreditatis paternę, quę per impuberem deferebatur fratri eius ſubſtituto.

34 Secunda erat, quod † filius, qui ex perſona ſua, & ex perſona fratris impuberis, cui pupillariter ſubſtitutus erat, omittebat hęreditatẽ patris, illius iudicium euertere videbatur, ex quo ex ſecundis tabulis fratri ſuccedebat, & conſequenter, quod aut hęreditatem pupillarem non deberet amplecti, aut ea amplexa tęnetur creditoribus paternis reſpondere, iuxta l. quæſitum, 40. ff. de acq. hęred. vt eleganter aduertit Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, deferuntur, nu. 15. Caldas, in l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, nu. 43. C. de in integrũ reſtit. minor. Quę dubitandi ratio generaliter reſpiciebat paternam hęreditatem, tam quæ filio inſtituto ex teſtamento paterno, quam quę per fratris impuberis perſonam, qui etiam patri hæres extitit, ex pupillari ſubſtitutione eidem deferebatur.

At excellens Papin. in d. l. ſi filius, qui pa-
35 tri, vtramque † ſuſtulit dubitandi rationem: Primam, in illis verbis: *Iuſtius enim Prætorem facturum exiſtimo, ſi fratri ſeparationem bonorũ patris conceſſerit*, &c. vbi innuit, abſtenſionem tunc fratri de rigore non competere, ex dictis in prima dubitandi ratione: *Iuſtius tamen eſſe*, &c. & propterea hoc remedium vocauit potius ſeparationem bonorum, quam abſtenſionem, cùm tamen à parte rei nil aliud ſit, quam abſtenſio in bonis nondum agnitis, & ex ſola potentia ſuitatis tranſmiſſis; quod oſtendunt ſequentia verba, ibi: *Etenim ius dicenti propoſitum eſt, liberos oneribus hęreditarijs non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hęreditate remouere*; Quę eadem ratio eſt introducendi ius abſtinendi, vt conſtat ex §. neceſſarij, Inſt. de hęred. qualit. Vnde obiter colliges, quod ius abſtinendi, quod regulariter ex potentia ſuitatis in neceſſarios hęredes tranſmittitur, in fratre neceſſario hęrede ius ſeparationis vocabitur, quia ſimpliciter neceſſarius non eſt: in extraneos vero nullum ſimile ius tranſmittitur, vt ſupra probauimus.

36 Secundum vero † dubitandi rationem ſuſtulit in illis verbis: *Præſertim, quod remotis tabulis ſecundis, legitimam haberet fratris hęreditatem*. &c. quaſi dicat, non poteſt affirmari, ex iudicio ſimplici patris ſuccedere fratri ſuo,

propter

Digitized by Google

propter ſubſtitutionem pupillarem à patre factam; quia licet remoueamus ſecundas tabulas (in quibus ſolum conſiderabatur paternum iudicium) adhuc frater fratri ab inteſtato ſuccedebat, omnibus alijs exclusis (etiam matre tunc temporis, l. 1. in princip. verſ. id eſt, ff. de iuris, & facti ignor. §. præferuntur, Inſt. ad S.c. Tertullian. obſeruat in terminis Coſta, d. verbo, deferuntur, nu. 17. verſ. ex his.) vt in ſimili, & ad euitandam ſimilem obiectionem obſeruat Vlp. ex ſententia Marcelli, in l. Iulianus, 42. verſ. alioquin, ff. de acquir. hæred.

Illud igitur conſtat ex d. l. ſi filius, qui patri, ſeparationem bonorum paternorum à pupillaribus, quæ in perſona pupilli ipſo iure cõmixta erant, ſpecialiter indulgeri fratri ſubſtituto: quia aliqualiter neceſſarius hæres eſt fratri, à quo in eum tranſmiſſa fuit portio paternæ hæreditatis cum iure quodam ſimilitudinario abſtenſionis, in quo æquiparatur ſeruo neceſſario hæredi, iuxta l. 1. §. vlt. ff. de ſeparationibus.

37 Vnde ſequitur, † quod ſi pupillus, cui frater ſubſtitutus eſt, iuxta terminos d. l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, iam in vita agnouiſſet paternam hæreditatem, re, vel verbo, nequaquam abſtenſio, vel ſeparatio fratri pupillariter ſubſtituto competeret; immò omninò ceſſaret deciſio d. l. ſi filius, qui patri: quia vnicum iam effectum eſt patrimonium, & vnica omninò hæreditas, latè Crauetta, in repetitione § Diui, nu. 199. & locum habet d. §. filio, verſ. idemque, iuncta ratione decidendi, quam ſupra poſuimus, & l. 1. ff. de acquir. hæred. innuit gloſſa, in 2. ſolutione, verbo, habere poſſum, in d. l. ſed ſi plures, §. filio, & clarius verbo, negat. ad med. in l. qui ſe patris, C. vnde liberi, ſentit Caldas, in l. ſi curatorem, verbo, minoribus, nu. 58. C. de integr. reſtit. minor. quam ſententiam probat d. l. ſi filius, qui patri, ibi: *Præſertim, quod remotis ſecundis tabulis legitimam haberet fratris hæreditatem;* &c. nam ſi agnitione impuberis iam hæreditatis paternæ portio illi eſſet quæſita, etiam ab inteſtato, & remotis tabulis ſecundis, vtramque ſimul iunctam obtinere debebat, cum vnicum fuerit iam, ac ſimplex patrimonium; quod non ita eueniebat, ſi ex ſola potentia ſuitatis, quæſita eſſet hæreditas paterna, & tranſmiſſa: nam ab inteſtato, effectu ipſo ſeparata erat, vt innuit l. qui ſe patris, C. vnde liberi, & ita vigebat ratio Papin. in d. l. ſi filius, qui patri, verſ. præſertim.

38 Nec obſtat † l. 1. & per tot. ff. de ſeparationibus, vbi à Prætore permittitur ſeparatio in ijs, quæ omninò ſunt coniuncta; ergo idẽ dicendum videbatur in propoſitis terminis, quamuis impubes iam agnitam paternam hæreditatem tranſmiſiſſet. Quia reſpondetur, ſeparationem, quam ſupra concedimus fratri ſubſtituto, non eſſe ſimplicem, ſed ſuccedere loco abſtenſionis, ex peculiari ratione, quam expoſuimus; ergo locum tunc ſortietur, quando abſtenſio potuiſſet: at abſtenſio ceſſat in hæreditate agnita, l. iam dubitari, verſ. vlt. vbi communiter notatur, ff. de hæredibus inſtit. igitur in ijsdem terminis ſeparatio fratri concedenda non erit, eo magis, quia nunquã fuit facta ſeparatio in bonis omninò coniunctis, ad acquiſitionem mere lucratiuam, vt col ligitur per argumentum à partibus remotis, ex gloſ. celebri prima, in l. 1. ff. de ſeparationibus. vbi omnes ſpecies ſeparationis inducendæ percurruntur; At in fratre reſpectu fratris, ſucceſſio merè lucratiua eſt, cum volens abſtinere poſſit, ex Bart. ſententia (quam omnes ſequuntur) in l. ſed ſi plures, §. quos poſſum, ff. de vulgari. quem ſequitur Coſta, in cap. ſi pater, verbo, ſubſequenter & filia, nu. 13. ergo ſeparationem non faciet in hæreditate paterna, quæ iuncta omninò cœpit eſſe cum pupillari, per agnitionem impuberis.

39 Prædictam autem illationem, quod † ſcilicet frater fratri pupillariter ſubſtitutus non poſſit ſeparare hæreditatem paternam, quæ cœpit iuncta eſſe pupillari per agnitionem impuberis: declararem Primò, vt tantum procederet, quando frater pupillus agnouit in vita non ſolum ſibi adſcriptam portionem, ſed etiam eam, qua frater ſubſtitutus ſe abſtinuit, argumento l. ſi duo, 38. ff. de acquir. hæred. nam ſi impubes poſt agnitam ſuam portionẽ deceſſiſſet, & frater ei pupillariter ſubſtitutus poſtea abſtinuiſſet, ſicut quilibet hæres pupilli poterat tunc ſeparare portionem paternã, quæ iuncta cum pupillari ad ipſum peruenerat, & ſic ab omni hæreditate paterna recedere, vt eleganter probat Vlp. in l. ſi is qui, 56. iuncta præcedenti, ff. de acq. hæred. ita etiam poterit frater pupillariter ſubſtitutus, ex perſona fratris impuberis, cui ſuccedere vult, ſeparare, & omittere portionem paternam, quę per agnitionem impuberis iuncta eſſe cęperat pupillari: ſi quidem portio abſtenta, quæ accreſcebat, tale ius præſtabat; quod viuus pupillus haberet à toto recedendi, ex d. l. ſi is qui, cum præced. & hoc priuilegium differt ab eo, de quo in d. l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari: quia ibi agebatur de hæreditate ex vi tantum ſuitatis tranſmiſſa, at in d. l. ſi is qui, de hæreditate agnita tranſmiſſa; in illa, de peculiari Prætoris remedio; in hac, de vulgari, & omnibus communi.

Neque obſtabit l. quæſitum, 40. ff. de acquir. hæred. vbi qui impugnat iudicium patris, deferendo illius hæreditatem, in qua ſolus inſtitu-

inſtitutus eſt, non poteſt acceptare hæreditatem filij impuberis, in qua ſubſtitutus eſt ex eodem paterno iudicio. & in dictis terminis omninò videtur impugnare iudicium paternum, abſtinet enim ad effectum, vt totum iudicium paternum corruat. Quia reſpondetur, d.l. quæſitum, limitari in ſuo, & neceſſario hærede, attenta æquitate Prætoria, vt ſupra oſtendimus. Vnde, ſi in hiſce terminis extraneus (quia patre inſtitutus eſt, & ſubſtitutus filio impuberi) repudiet paternam hæreditatem, vt ita accreſcat pupillo, qui patri hę res extiterat; & deceſſerat; & conſequenter vt poſſit totam paternam repudiare quaſi ex perſona impuberis attenta æquitate d.l. ſi is qui, ei nihil proderit, obſtante d.l. quæſitum, quæ tunc etiam locum habebit, vt ſupra aduertimus, niſi adhuc reſpectu extranei detur tertius hæres, cuius aditione confirmetur, & ſuſtineatur iudicium patris: tunc enim ex perſona impuberis, cui ſubſtitutus eſt, poterit omninò recedere a bonis paternis, ēt ab ijs, q̄ impubes agnouerat, ex d.l. ſi is, qui, ff. de acquir. hæred.

40 Declararem Secundò, ne † procederet, ſi frater ſubſtitutus adhuc ex perſona fratris impuberis reſtitutionem imploret, quod videlicet impubes læſus fuerit in agnoſcenda hæreditate paterna oneribus hæreditarijs implicita (quod in cauſæ cognitione verſatur) & ita cogeretur inteſtatus decedere, nullo adeunte hærede, argumento l. Iulianus, 42. ff. de acquir. hæred. ibi: *Impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem; metu enim onerum patris, timidius quis etiam impuberis hæreditatem adibit*; &c. Quod quidem reſtitutionis remedium, vt hæres pupilli impetrare poteſt, l. Stichum, aut Pamphilum, §. quod vulgo, verſ. vlt. ff. de ſolutionibus, l. ea, quæ, 5. §. vlt. C. de temporibus in integr. reſtit. latiſſimè Luſitanus Caldas, in l. ſi curatorem, verbo, minoribus, nu. 43. C. de in integrum reſtit. minor. & in his terminis reſtitutio impuberis competebat, l. 1. & 2. C. ſi minor ab hæreditate ſe abſtinuerit. Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 87. §. 7. & Caſtellana, l. 20. tit. 6. parte 6. quam reſolutionem licet non admittat Caldas, d. verbo, minoribus, in extraneo cohærede, vt patet ex nu. 58. verſ. quod autem, in d. verbo, minoribus, admittit tamen in fratre pupillariter ſubſtituto, vt apud eum videre licet d. num. 58. ad fin. & id a fortiori comprobant plurimi per ipſum relati, in verſ. ſed contrariam, dum verò generaliter aſſerit, hæredem impuberis non poſſe vti reſtitutione competenti impuberi, ex d.l. 1. & 2. C. ſi minor ab hæred. interim non diſputo, nec placet; & habet eximios contradictores, vt ipſe refert, in d. verſ. ſed contrariam. Quinimmo in extraneo etiam cohærede, & ſimul ſubſtituto prædicta reſtitutio recipietur; ſi termini aptentur, ita ne obſtet d.l. quæſitum, vt ſupra, in ſimili aduertimus. Et hoc quidem remedium diuerſum eſt ab eo, de quo d.l. ſi filius, qui patri: nam ibi agebatur de iure fratris ſubſtituti; at in reſtitutione ſimul agitur de iure eius, cui ſubſtituitur, ea tamen implorata, fiet bonorum reparatio ex priuilegio d.l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, argumento l. ait Prętor, §. non ſolum, ff. de minoribus, iuncta l. 1. §. vlt. ff. de ſeparationibus, vbi per reſtitutionem iterum fit ſeparatio bonorum, quæ per agnitionem ipſo iure deperdita fuerat.

41 Tertia, & vltima ſpecies eſt, † quando pupillariter ſubſtitutus impuberi, ſcriptus eſt hæres ex aſſe in teſtamento paterno, pupillo videlicet exhæredato; in qua, ſi ſcriptus eſt extraneus, certum eſt, non poſſe repudiare paternam, & acceptare pupillarem: tum, quia niſi patris ſit adita hæreditas, filij pupillare teſtamentum non valet, vt in terminis ita decidit Vlp. in d.l. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe, l. 2. verſ. adeo, ff. de vulgari, quæ iura interpretatur Coſta, quando non datur ſuus hæres, cuius ſola exiſtentia tabulæ pupillares confirmentur, vt tradit in cap. ſi pater, 2. parte, verbo deferuntur. nu. 14. tum etiam, quia qui ex aſſe eſt inſtitutus in teſtamento paterno, ſi velit ex pupillari tantum ſubſtitutione ſuccedere, exhæredato teſtatoris filio, impugnat iudicium ex quo vult capere, & tunc ſuccedit l. quæſitum, 40. ff. de acquir. hæred. ibi: *Nam qui iudicium oppugnauit, non debet ex eadem hæreditate quicquam conſequi*; &c. iunctis ijs, quę ad interpretationem horum verborum tradit Coſta, d. verbo deferuntur, nu. 15. ante finem.

42 Quid autem, † ſi ſcriptus ex aſſe in teſtamento paterno, eſt filius ſuus hęres, & frater impuberis exhęredati, cui pupillariter ſubſtitutus eſt, an poſſit abſtinere paterna, & amplecti ſolam pupillarem hęreditatem? & certè ratio d. §. ſi ex aſſe, hic ceſſat, quia ſola exiſtentia ſui hęredis confirmat tabulas pupillares, exhęredationem, & cetera, quę à ſolo teſtamento pendent, vt abunde probat Coſta, d. verbo, deferuntur, à nu. 3. Caldas, in repet. l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, à nu. 43. C. de in integrum reſt. minor. itidem ceſſat ratio d.l. ſed ſi plures, §. filio, non enim per exhęredatum iungitur hęreditas paterna cum pupillari: immò, filius ex aſſe inſtitutus, poterat vti vulgari remedio abſtenſionis quoad paternam hęreditatem.

In hac igitur quęſtione exiſtimo, poſſe amplecti ſolam pupillarem, & de hoc eſſe tex. clarum in l. filius, qui ſe paterna, 41. ff. de acquir. hæred. dum inquit: *Filius, qui ſe paterna hæ-*

reditate

reditate abſtinuit, ſi exhæreditati fratris hæreditati ſe immiſcuerit, & pro hærede geſſerit, poterit ex ſubſtitutione hæreditatem obtinere; Et ita ſentit gloſ. ibidem, & reliqui, dum aſſerunt, id eſſe priuilegium filij, ſicut in l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari.

Verum obſtat d. l. quæſitum, 40. ff. de acquir. hæred. vbi qui ſolus inſtituitur in teſtamento paterno, non poteſt ſolam pupillarem hæreditatem amplecti, omiſſa paterna; quem text. in his terminis (ſcilicet, quando hæres ex aſſe inſtitutus eſt) niſi de filio ſuo hærede intelligeremus, careret dubitandi ratione: nam ſi ex aſſe eſſet inſtitutus extraneus, ſi nollet paternam adire hæreditatem, fruſtra pupillarem peteret, quę irrita ſit, niſi patris hęreditas adita ſit, vt exprimit Vlp. in l. 2. verſ. adeo, d. l. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe, ff. de vulgari; immo, & ſi coactus adiret, pupill. quoque reſtitueret, l. ita tñ, 27. §. qui ſuſpecta, verſ. vlt. ff. ad S.c. Treb.

Quo fundamento putauit ſubtiliſſimus Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, deferuntur, nu. 16. verſ. vnde in d. l. quæſitum, quod in propoſita ſpecie, ſi filius ex aſſe inſtitutus, & ſubſtitutus pupillo exhæredato, hæreditati pupillari ſe immiſceat, eo ipſam cenſeatur amplecti paternam, quamuis iam ea ipſe ſe abſtinuiſſet; quia videretur facere actum, qui citra ius, ac nomen hæredis fieri nequit, argumento l. pro hærede, §. Papinianus, ff. de acquir. hæred.

Quam ſententiam amplius cõfirmat Coſta, n. 17. ex d. l. filius, qui ſe paterna, dũ opinatur, quęſtionem ibidem à Iuliano propoſitam eſſe, an filius, qui paterna hæreditate ſe abſtinuit, poſſit pupillarem amplecti impuberis fratris exhęreditati? (quod & nos agnoſcimus) & I.c. decidiſſe, non aliter pupillarem retinere poſſe, quam paternam iterum agnouiſſet: qua mẽte ſecuta, audenter aſſerit, illa verba: *Et pro hærede geſſerit*: ad paternã hæred. referenda, ne ſuperflua maneret reſpectu pupillaris, de qua dixerat: *Si exhęredati fratris hęreditati ſe immiſcuerit.*

Sentit tamen idẽ Coſta, d. n. 11. verſ. ex his, quod ſi prędictus filius vtatur remedio ſeparationis, de quo in d. l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, tunc tutè poterit ſe immiſcere hæreditati pupillari, quin etiam paternam amplecti cenſeatur: nam putabat ſolam abſtenſionem (etiã quando ex aſſe erat inſtitutus, exhæredato fratre impubere) non ſufficere reſpectu paternę hæreditatis, ne videretur ad illam redire, ſi poſtea agnouiſſet pupillarẽ, & Coſtę aſſentit Luſitanus Caldas, in l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, n. 43. ad finẽ, C. de in integr. reſtit. min.

43 Ego ſuprapoſitam communem † reſolutionem veriſſimam puto, & euidenter probari, in d. l. filius, qui ſe paterna, quidquid perperam contradicat Coſta; d. n. 17. & ante eum Thomas Chalancus (quem refert) l. 1. nu. 12. & nu. 66. ff. de acquir. hæred. vt ex reſponſione ad obiecta clarè apparebit.

Nec obſtat iam d. l. quæſitum, quia licet fateamur, etiam in filio ſuo hærede loqui poſſe, vt euincit propoſita argumentatio (quamuis communis interpretatio ibidem cum gloſ. in extraneo dumtaxat intelligat, vbi ita tradit Cumanus; & gloſ. verbo, obtinere, in d. l. filius, qui ſe paterna, tamen id generaliter ſtatuitur, & ſecundum iuris ſeueritatem, quæ in hæredibus extraneis non remittitur; at in ſuis, ac neceſſarijs laxata eſt, vt patet ex §. neceſſarij, Inſt. de hæred. qualit. l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, ibi: *Etenim ius dicenti propoſitum eſt*; &c. & hæc, ni fallor, fuit intentio compilatorum Digeſtorum, dum pręfatæ l. quæſitum, ſtatim ſubiunxerunt d. l. filius, qui ſe paterna, vt intelligeretur, quod licet præcedens generalis regula tradita in d. l. quæſitum, vera etiã eſſet reſpectu ſui hæredis, de iuris ciuilis rigore, attamen ex æquitate Prætoria, quæ ius abſtinendi conceſſit, in filio limitanda erat, attento eodem iure Prætorio, quo ſuppoſito, procedit d. l. filius, qui ſe parerna.

44 Deinde, falſo † ſubijcit Coſta, vbi ſupra, qđ ex ſola agnitione pupillaris hæreditatis, etiam omiſſam hęreditatem paternam videbatur iterũ agnoſcere, quod ei licebat, ex l. ſi quis ſuus, ff. de iure delib. l. vlt. C. de abſtinẽd. vel repud. quia vtpote ſolus inſtitutus, non poterat pupill. amplecti, citra nomen, ac ius hæredis paterni: nam hæc ratio reſpectu ſui, ac neceſſarij hæredis, omninò inualida eſt: ſubſtitutio .n. pupillaris (ſi illam demas, quæ ſit hoc modo: *Quisquis mihi hæres erit, ſit hæres filio meo*; quo caſu requiritur, quod ſit hæres patris, qui filio cupit eſſe, l. qui liberis, 8. ff. de vulgari, tunc enim agnitio in pupillari, per neceſſarium antecedens induceret agnitionẽ in paterna hæredirate: poſito enim conſequente, ponitur anrecedens neceſſarium, l. 3. §. vlt. vbi bonus caſus, ff. rem ratam haberi gloſ. verbo, ſi ſolus, & magis in ſpecie, verbo, citra nomen, in vltimis verbis, in l. pro hærede, §. Papin. ff. de acq. hęred. eſt diuerſum teſtamentum, ſaltem continet diuerſam hęredit. §. igitur, Inſt. de pupill. agnoſcit Coſta, d. 2. parte, verbo deferuntur, n. 15. ante finem, & diuerſo iure competit; Et quam quis habere poteſt, quin ſit hæres patris, poteſt enim pater ſibi vnum, alterum filio hæredẽ ſcribere. Quinimmo, & licet eundem ſibi, & filio adſcribat hæredem nomine proprio, adhuc vna hæreditas ab altera ſeparari poteſt, etiã in extraneis, ſi ſit cohęres, cuius aditione iudicium paternũ, & conſequenter ſecundæ tabulæ ſuſtineantur, l. ita tamen, 27. §. qui ſuſpectam, verſ. vlt. ff. ad S.c. Treb. iuncta l. 2. verſ. adeo, & l. ſed ſi plu-

res, §. ſi ex aſſe, ff. de vulgari. ergo ſubſtitutio pupillaris ſecundum ſe, non inuoluit neceſſarium ius & nomen hęredis in paterno teſtam.

45 Nec iam † obſtat d. l. quæſitum, in fine, ff. de acq. hæred. vbi inſtitutus ex aſſe in hæred. paterna, agnoſcēdo pupillarem, videtur agnoſcere paternam: nam ſi eam interpretemur reſpectu extranei hæredis, de plano procedit; etenim, non adita paterna irrita fiebat pupillaris, d. l. 2. verſ. adeo, l. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe, & ita nihil mirum, quod agnita pupillari, per neceſſarium antecedens cenſeatur agnita paterna, idque ante repudiatam paternam hæreditatem, cuius interim nihil attigerat, vt ſentit d. l. quæſitum, in princip. nam ea repudiata, fruſtra agnoſceret pupillarem, quę iam irrita effecta erat, & ex eo inſuper, quia ad ſemel repudiatam hæreditatem non amplius extraneo patet regreſsus, vt probatur ab ſpeciali, in l. vlt. C. de abſtin. vel repud. & l. ſi quis ſuus, 8. ff. de iure deliberan.

Si verò eam interpretemur in ſuo hærede, ex aſſe inſtituto, & pupillariter ſubſtituto fratri impuberi exhæredato, cum iſtius ſola exiſtentia confirmet tabulas pupillares, vt ſupra probauimus, nihil inconuenit, quod abſtinens ſe paterna, poſſit ſecurè agnoſcere pupillarem. & reſpectu ſui hęredis illud ſolū obſtabat, quod judicium paternum oppugnare videretur, ex quo per ſubſtitutionem tantum pupillarem volebat ſuccedere, vt aduertit Coſta, d. verbo, deferuntur, n. 15. Caldas, in repet. l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, n. 43. ante finem, C. de in integr. reſt. minor. nam hæc obiectio remittitur per abſtenſionem, ſi ex aſſe inſtitutus eſt; & per ſeparationem bonorum, quando ſimul cū pupillo, iuxta ſupradicta, inſtitutus eſt.

46 Nec Coſtam † d. verbo, deferuntur, n. 16. verſ. vlt. excuſat d. l. pro hęrede, §. Papinianus, ff. de acquir. hæred. ibi: *Quia ex defuncti voluntate accipitur*; &c. quę ratio etiam in hæreditate pupillari militare videbatur: nam vltra quā quod d. §. Papinianus, loquatur in diſpoſitione, quæ ſimpliciter pendet ex voluntate teſtatoris, ſubſtitutio verò pupillaris iuris cenſura filij eſſe credatur, §. igitur, Inſt. de pupillari, ibi: *Tanquam ſi ipſe filius ſibi hæredem inſtituiſſet*, &c. Reſpondetur, relata verba ex d. §. Papinianus, non inuoluiſſe ſimpliciter rationem decidendi; quidquid dicat Coſta, d. n. 16. Etenim Papinianus hanc decidēdi rationem alijs adductam promit, ab illaque recedit: & in ea tantum conquieſcit, quod aut datur cohæres, aut non: vt in hoc caſu, filius iterum agnouiſſe ſemel omiſſam hæreditatem paternam credatur, ſecus, in illo. Nec etiam hac Papin. ratio aliquid facit cōtra filiū in propoſitis terminis: quia longe alio princip. mouetur, quā I. c. in l. quęſitū, ff. de acq. hęred. vt inferius apparebit.

47 Cur autē † in d. §. Papinianus, dicitur, quod ſi filius hæres ex aſſe, accipiendo numos ab ſtatu libero gratia conditionis implendæ, cenſeatur pro hærede gerere in hæreditatę paterna, quamuis ab ea iam ſe abſtinuiſſet, ſubiungens, quod tunc citrà nomen, & ius hæredis, dictos numos accipere non poterat. non modicæ dubitationis eſt.

Et gloſſa, ibidem, verbo, ſi ſolus, intelligit hoc procedere, quia ſuppoſito, quod filius ſi accepit numos conditionis implendæ cauſa, vt libertas competat, videtur agnoſcere hæreditatem paternam, & pro hærede gerere, ſine quo libertas non competebat: & ita libertatem directam ſub conditione relictam non confirmari ſola exiſtentia ſui hæredis, generaliter tradunt, per text. in d. §. Papinianus, Salyc. Imola, Iaſ. & alij ibidem.

48 Ceterum, libertatem † directam ſub conditione datam confirmari ſola exiſtentia ſui hæredis, tradit Aretinus, in d. §. Papinianus, col. 1. in fine, verſ. ſed videtur. Sequitur Coſta, d. 2. parte, verbo, deferuntur, n. 11. verſ. ſunt qui limitent. Quę ſententia verior eſt: nam cum diſpoſitio, quæ non pendet ab obligatione hęredis, ſed directò à teſtamento procedit, ſola exiſtentia ſui hęredis omninò confirmetur, quamuis ſuus hæres ſe abſtineat; vt in libertate ſimpliciter directa probat l. ſciendum, ff. de manumiſſ. teſtam. & directa libertas etiam ſub conditione relicta, impleta conditione, ſimpliciter directa maneat, & libertus fiat Orcinus, hoc eſt, teſtatoris, l. 2. ibi: *Non perdat ſpem Orcini liberti*; ff. de ſtatu liberis, iuncto §. qui autem, verſ. at is, Inſt. de ſingulis rebus per fideicommiſs. ibi: *At is, qui teſtamento liber eſſe iubetur; ipſius teſtatoris libertus fit, qui etiam Orcinus appellatur*; vbi notat gloſ. verbo, Orcinus, ſequitur manifeſtè, ēt ſola ſui hęredis exiſtentia cōfirmari.

Idq; confirmat d. §. Papin. dum inquit, ſi filius ſolus inſtitutus abſtineat, & poſtea accipiat ab ſtatu libero, cenſetur denuo pro hęrede ge-
49 rere in hæreditate paterna: at † ſtatu liber nō dicitur (ut elegāter aduertit Coſta, vbi ſupra,) ille, cui libertas directa ſub conditione relicta eſt, niſi iā adita ſit hęred. teſtatoris l. 2. l. ſtatu liberū medio, §. vlt. ff. de ſtatu liber. ergo in d. §. Papin. dum dicitur filiū poſt abſtenſionē accepiſſe ab ſtatu libero, ſupponitur; libertatē fuiſſe confirmatam ſola exiſtentia ſui hæredis, quę pro aditione eſt, l. in ſuis, ff. de ſuis & legitim.

Si igitur per ſolam exiſtentiam ſui hæredis, confirmata eſt directa libertas, relicta ſub conditione dandi filio inſtituto, iam ceſſat gloſſæ, & aliorum communis interpretatio, ad d. §.
50 Papin. Vnde † adhuc inſiſtendum eſt, cur amplius Vlp. ex ſententia Papin. requirit, vt vel

filius

filius agnoſcat hæreditatem paternam, in qua & aſſe inſtitutus eſt ſi numos accipere vult: vel ſit cohæres, qui adeat, vt ita poſſit numos, dumtaxat ab ſtatu libero amplecti? & quoad libertatem, vt diximus, nihil opus fuit filij agnitione, vel cohæredis aditione: quinimmo ſtatu liber indiſtinctè dando filio abſtento, argumẽto l. quia autem, 6. §. vlt. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. vel eo nolente accipere oblatos numos, libertatem conſequitur, vt eſt regulare in omni ſtatu libero (qualis dicitur in d. §. Papinianus) per text. in l. ſtatu liberos, 3. in princip. & paſſim ſub tit. ff. de ſtatu liberis.

51 Vnde dubitatio, & † quæſtio principalis, in d. §. Papinianus, non eſt reſpectu libertatis; ſed reſpectu acceptionis numorum, an ſcilicet, & quando filius accipiens numos ab ſtatu libero, implendæ conditionis gratia, cenſeatur pro hęrede gerere in hæreditate paterna, qua ſe abſtinuit? & hoc ſuppoſito, cur inſtitutus ex aſſe, ſi accipiat pecuniam ab ſtatu libero, pro hærede geſſiſſe videatur: cum illi pecunia nominatim, non vero vt hæredi danda eſſet, vt patet ex d. §. Papinianus, ibi: *Filio nominatim pecuniam dare iuſſus*; &c. & ab inteſtato impleri poſſet conditio, ſi omiſſa fuiſſet cauſa teſtamenti, d. l. quia autem, 6. §. vlt. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſt. ſi vero cohæredem habeat, qui adeat, non videatur pro hærede gerere in teſt. paterno.

52 Exiſtimo, † id ex eo prouenire, quod quando filius ex aſſe hæres inſtituitur, ſiue tunc conditio dandi filio, nominatim adſcribatur, ſiue ſub nomine appellatiuo hæredis, ſemper apponitur vt hæredi; vt eleganter probatur ex l. his qui in poteſtate, §. vlt. ff. de legatis præſtandis, vbi ſi filio præterito inſtituatur extraneus, & ab eo ſub cõditione aliquid dãdi, legetur exceptæ perſonæ (cui legatum debebitur etiam petita bonorum poſſeſſione cõtra tabulas à filio præterito, iuxta l. 1. & totum tit. ff. de legatis pręſtandis) & poſtea filius teſtamentum patris contratabulet, non ſolum auocat ab inſtituto extraneo, hæreditatem, quæ remanſit poſt pręſtationem legatorum, exceptis perſonis relictorum; ſed & illud, quod gratia conditionis implendæ accepit extraneus hæres, ſiue hoc accepiſſet ſub nomine appellatiuo hæredis, vt patet ibi: *Si hæredi decem dederit*; ſiue nominatim, & proprio nomine, v. g. ſi decem Titio dederit; & hæres Titius vocetur, vt patet ibi: *Sed etſi Titio iuſſus fuerit dare*; &c. Semper enim reſpectu eiuſdem perſonæ textus procedit, quidquid aliter interpretetur gloſ. ex ſententia Azonis ibidem, verbo, ſed ſi Titio. Aliter namque ſi conditio dandi apponeretur reſpectu alicuius extranei non inſtituti, receptũ ab eo gratia conditionis implendæ, non auocaretur per filium contratabulantem, non enim eſt quidquam ex hęreditate defuncti relictum, & conſequentter recipiens non manet legatarius, l. ſi quis ſub conditione, 8. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſt. facit l. qui hæredi, 44. §. cum hæreditas, ff. de cond. & demonſtr.

53 Conſtat igitur † ex d. l. is qui in poteſtate, §. vlt. quod vnico hærede inſtituto, conditio dandi decem hæredi ſiue nomine appellatiuo, ſiue proprio, ſemper intelligitur tamquam hęredi, ex mente defuncti, & iuris cenſura: creditur enim tamquam fruſtranea omiſſa mentio hæredis, quando vnicus eſt. Id autem, quod relinquitur ſub conditione dandi hæredi, omninò hæredi dandum eſt, vel ei, qui vt ab hærede accipit: d. l. qui hæredi, 44. §. certe, qui debet intelligi contra gloſ. ibidem, verbo, debeat, vbi in literali explicatione decipitur) ff. de cond. & demonſtr. l. ſi ſtatu libera, pœnæ ſerua, §. ſi filiusfamil. l. ſeruus ſi hæredi decem, ff. de ſtatu liberis, in quibus iuribus, vel hæredem, vel alterum ratione eius, qui hæres extitit, accepiſſe apparet.

54 Hæc igitur omnia † colligendo, cum in d. §. Papinianus, ſolo inſtituto filio apponatur conditio, ſi filio dederit, quæ perinde eſt, ex mente defuncti; & diſpoſitione iuris, ac ſi diceret, ſi hæredi dederit, ſequitur, quod licet abſtinuiſſet iam ſe hæreditate paterna, recipiendo poſtea numos ab ſtatu libero gratia conditionis implendæ, pro hærede iterum geſſiſſe videtur, & regredi ad hæreditatem; quod ei licebat, l. ſi quis ſuus, ff. de iure deliber. l. vlt. C. de repudianda, vel abſtin. notat aliàs Coſta. in cap. ſi pater, verbo, deferuntur, nu. 15. verſ. vlt. nam prædicta receptio illi permiſſa cenſetur, ſub ratione hæredis, quamuis nominatim fieret, vt ſupra probauimus, & ita non citra nomen, ac ius hæredis, quinimmo vt hæres accipit, ergo, &c.

55 At quando datur cohæres, conditio † dandi filio nominatim, non vt hæredi, ſed vt filio, appoſita cenſetur: & ceſſat iuris diſpoſitio, & patris voluntas, quæ aliàs militabat in vno, eodemque hærede filio inſtituto: vnde nihil mirum, quod filius, qui abſtinuit hæreditate paterna, poſtea recipiens numos ab ſtatu libero gratia conditionis implendæ, non cenſeatur in dubio reuocare abſtenſionem, & iterum agnoſcere hæreditatem paternam: quia cum citra nomen, ac ius hæredis, poſſit id facere, non creditur in dubio pro hærede gerere.

56 Requiritur tamen in d. §. Papin. † quod cohęres adeat, vt patet ibi: *Et cohæres adit*, &c. alioquin cohęrede repudiante, tota deuoluitur hæreditas ad filium, & perinde eſt ac ſi à principio ex aſſe inſtitueretur: quo caſu iterum ſuſcitatur iuris diſpoſitio, cui etiam confirmari

N 2 præſu-

præſumitur mens teſtantis, ſecundum quam tunc temporis nominatim facta conditio dandi, perinde eſt, ac ſi ſub ratione hæredis apponeretur, iuxta ſupradicta.

57 Ex quibus conſtat † rationem decidendi ad d. §. Papinianus, non proficiſci ex l. quæſitum, 40. ff. eodem tit. ſi agimus de ſuo ac neceſſario hærede, quidquid contradicat Coſta, in d. 2. parte, verbo, deferuntur, num. 16. nam d. l. quæſitum, reſpectu ſui hæredis ex aſſe ſcripti, fundabatur in eo, quod non debebat quidquam conſequi ex voluntate defuncti, qui illam oppugnabat, cum ex aſſe eſſet inſtitutus, (etenim ſola exiſtentia ſui hæredis iam validũ erat teſtamentum). At d. §. Papinianus, quando filius ſolus eſt inſtitutus, ex eo procedit, quia tunc conditio dandi cenſetur, vt hæredi appoſita, & ideo nihil mirum, quod recipiendo numos, præſumatur reuocare abſtenſionẽ, cum citra nomen, ac ius hæredis illos ab ſtatu libero nequeat accipere.

58 Vt igitur † reuertamur, vnde digreſſi ſumus, in ea ſententia, ſecundum quam dicebamus, quod filius ex aſſe inſtitutus hæres in teſtamento patris, & ſubſtitutus impuberi fratri exhæredato, poterat amplecti ſolam pupillarẽ, abſtinendo ſe paterna hæreditate: non obſtat præpoſtera interpretatio, quã Coſta connectebat textui in d. l. filius, qui ſe paterna, ff. de acquir. hæred. ibi: *Et pro hærede geſſerit*; vt ſupra pro eo expendimus: nam verba illa referenda ſunt ad pupillarem hæreditatem, nec propterea ſuperfluunt; etenim copulatiua illa, (*&*) debet accipi pro alternatiua, iuxta tex. in l. coniunctionem, & l. ſæpe ita, ff. de verbor. ſignificat. l. cum quidam, C. eodem tit. cum alijs ibidem à gloſ. congeſtis, & ita d. l. filius, qui ſe paterna, ibi: *Si exhæredati fratris hæreditati ſe immiſcuerit, & pro hærede geſſerit*; &c. illud oſtẽdit, vt quomodocunq; frater hæreditatem fratris agnouerit, ſiue immiſcendo, ſiue pro hærede gerendo, (non verò ſpeciali aliquo ſubſidio) poſſit ex ſubſtitutione accipere hereditatem pupillarem, quamuis paterna abſtinuiſſet: mouebat enim dubitandi rationem, quod tunc videbatur oppugnare iudicium paternũ filius, qui ex eodem iudicio in pubillaribus tabulis ſuccedebat, ſed eam tollit text. in l. Iulianus, 42. verſ. alioquin, ff. eodem tit. & l. ſi filius, qui patri, 12. verſ. præſertim, ff. de vulgari.

59 Tandem † dum Coſta, d. nu. 17. verſ. ex his, innuit, quod ſi filius in terminis d. l. filius, qui ſe paterna, imploret remedium ſeparationis, de quo I. c. in d. l. ſi filius, qui patri, tute poſſit tunc agnoſcere pupillarem, omninò omiſſa hæreditate paterna.

Id certè indignè ſentit: nam remedium ſeparationis, de quo in d. l. ſi filius, qui patri, ſolum neceſſarium fuit reſpectu hæreditatis paternæ, quæ commixta fuit pupillari, (pupillus enim ſuus patri hæres extiterat) alioquin perperam I. c. ageret de ſeparatione bonorum in d. l. ſi filius, qui patri, vt ſupra probauimus, & ſentit in ſimili text. in l. qui ſe patris, C. vnde liberi, & d. l. ſed ſi plures, §. filio, ibi: *Separare hæreditates*. At in terminis d. l. filius, qui ſe paterna, cum impubes exhæredatus fuiſſet, nulla hæreditatis paternæ portio pupillari potuit ipſo iure coniungi, quæ ſeparanda foret: ſed ſola mãſit paterna hæreditas delata filio, à qua ſufficit ſe abſtinere; vt illa omiſſa, pupillarem dumtaxat potuiſſet amplecti.

Vnde eleganter colliges, in d. l. filius, qui ſe paterna, & d. l. ſi filius, qui patri, aſſignari diuerſa remedia: nã in illa, refertur vulgare ſubſidium abſtenſionis: in hac verò aliud, quod dicitur ſeparationis, ad ſimilitudinem abſtenſionis; vt ſupra latè explicauimus, quæ quidem remedia in ſuis ſpeciebus plenè medentur.

60 Pro coronide, aduerte, † quid dicendum, quando è conuerſo, hæres in paterno teſtamẽto ſcriptus, & ſubſtitutus impuberi, amplectitur paternã, & poſtea reſpuit delatam pupillarẽ? Sunt iura in terminis, quæ id denegant, l. qui patri, 59. ff. de acqu. hæred. l. quidã elogio, 20. C. de iure deliber. vbi gloſ. verbo, admittitur, & ſequũtur oẽs cõmuniter Scribẽtes. Qui igitur adit paternã hæreditatẽ, omninò agnoſcere debet pupillarẽ, ſi pupillo ſubſtitutus eſt; Et ratio eſt: qui vbi primũ adiuit paternã, ſtatim ſcit, vel ſcire debet, ſe agniturũ pupillarẽ, quæ ſuppoſita ſubſtitutione, iure quodã accreſcendi, mortuo pupillo, coniungitur hæreditati paternæ, vt patet ex d. l. qui patri, ibi: *Coniungi eã paternæ hæreditati, et accreſcẽdi iure acquiri*; & e. l. ſi quis heres, 35. ff. eodẽ tit. l. teſtamento, C. de impuberũ et alijs, & tũc ſuccedit et ratio d. l. ſed ſi plures, §. filio, ff. de vulgari, ibi: *Iuncta enim hæreditas cœpit eſſe*, &c. quo caſu non permittitur ſeparatio.

61 Ex quibus (non iniucunda digreſſione) apparet decidendi ratio ad d. l. qui patri, verſ. quod ſic, ibi: *Quod ſic recipiendũ eſt, etiamſi viuo pupillo mortuus erit*, &c. vbi probatur hæreditatem viuentis poſſe tranſmitti ab eius hærede, quod quidem tantũ intellige in hereditate pupillari quando iam adita eſt paterna ab eodem herede, qui pupillo ſubſtitutus erat: nam in hoc caſu, cum ſit neceſſarius heres pupillo, & impubere mortuo coniungatur vtraq; hæreditas, d. l. qui patri, dilatio ſecundarũ tabularũ ius neceſſarij heredis nõ immutat, vt elegãter probat l. 3. §. vlt. ff. de hæred. inſt. perinde eſt enim, ac ſi eo tempore, quo pater deceſſit, pupillus quoq; deceſſiſſet: vnde trãſmiſſio, retrotractione quadam

dam

dã præcedenti ex iure quodam accreſcendi fit: aliter non poſſerat, iuxta l. ſi ex pluribus. ff. de ſuis, & legit. tradit gloſ. vlt. d. l. qui patri, ſuadebatq; ratio l. 1. ff. de hæred. vel act. vẽdita.

62 Colligitur deinde † ratio decidendi ad l. hæredis, 7. §. tantumdem, verſ. tractari, ff. quando dies legati ced. ibi: *An viuo pupillo defunctus Seius, ad heredem traſferat*, &c. ibi: *Et magis eſt ad heredem legatarij tranſire*; vbi legatarius pupillaris tranſmittit legatum, quamuis decedat viuo pupillo, à cuius ſubſtituto datum erat. Cum tamen legatarius decedens viuo eo, de cuius hæreditate legatum datum eſt, regulariter nihil tranſmittat, l. vnica, §. cum igitur, in fine, C. de caducis tollend. gloſ. per text. ibi, in l. ſi poſt, 5. ff. quando dies legati cedat. At in pupillari hæreditate teſtamentaria id ſpeciale eſt, quia mortuo pupillo, ſtatim coniungitur hæreditas pupillaris paternæ, & videtur adita à tempore, quo paterna adita eſt.

Vnde d. §. tantumdem, verſ. tractari, ſupponit ſubſtitutum pupillare de quo ibi fuiſſe etiã hæredem patris, ut ſupra probauimus; & ſatis innuit d. l. qui patri, dum agens tranſmiſſione hereditatis pupillaris uiuo impubere, dicit hoc fieri iure accreſcendi, quod omnino requirit poſitionem agnitam, cui accedat l. hæc ſcriptura, 26. ff. de cond. & demonſtr. ergo, cum ab hoc fonte procedat decidendi ratio ad d. verſ. tractari, ſupponi debet vnum, & eundem eſſe heredem patris & pupilli, à quo legatv eſt: & ſimul, quod paternam hæreditatem adijſſet. & ſentit elegans gloſ. in d. l. qui patri, verbo patris hæredi, ibi: *Sed ille ſubſtitutus non erat inſtitutus, & ideo non defertur heredi*, &c. Alioquin ſi pupillo dumtaxat hæres adſcriptus eſſet; ſicut ipſe, ſi ante pupillum decederet, nihil tranſmitteret, l. vnica, §. in nouiſſimo, C. de caducis toll. iuncta ratione gloſſę, verbo, defuncti, in §. in his itaque, infra eadem l. unica, ita etiam legatorum a tali ſubſtituto datorum, mortuo legatario dum viuit pupillus, dies non cederet: tum, quia hæreditas pupillaris in his terminis per ſe conſideratur, tanquam diuerſa à paterna, cui tunc nõ coniungitur, & ideo pupillus tanquam alius teſtator intelligitur, cuius mors requiritur, vt ab illo legatorum datorũ dies cedat vt regulare eſſe ſupra probauimus; tum etiam, quia incertum eſt, an moriente ſubſtituto pupillari in uita impuberis, teſtamentum ruat, & legata labefactentur, l. eam, quam, C. de fideicommiſſ.

63 Et hinc † ſubinferes neceſſarium intellectum ad l. 1. ff. quando dies legati ced. dum inquit: *Mortuo patre, licet viuo pupillo, dies legatorum à ſubſtituto datorum cedit*; vt ſcilicet procedat, quando ſubſtitutus pupillaris eſt etiam hæres patris: quo caſu, neceſſarius fit hæres pupilli & quodam iure accreſcendi ei deuoluitur pupillaris hæreditas, quamuis viuo pupillo decedat: & ita nihil mirum, quod in his terminis prędictorũ legatorum dies cedat à morte patris: nam mortuo impubere, retro coniungitur hæreditas pupillaris hæreditati paternæ, & vna ex tunc eſſe cenſetur (quod concipi nequit, niſi reſpectu unius eiuſdemque hæredis, aliàs non diceretur accreſcere, vt ſupra manifeſte oſtendimus, & ſatis innuit d. l. 1. dum ad ſolam mortem patris reſpicit) exindeque hæres conſideratur, qui eandem agnouiſſe intelligitur, argumento l. hęres quandoque, ff. de acquir. hæred.

64 Vnde apparet lapſum † ſubtiliſſimum Coſtam, in cap. ſi pater, 3. parte, verbo, de filio ad filiam, n. 23. dum generaliter inquit legatorum vel fideicommiſſ. à ſubſtituto pupillari datorum mortuo patre, diem cedere quamuis viuo pupillo legatarius, ſeu fideicommiſſarius mortuus eſſet, & ſubſtitutus non extitiſſet quoque hæres patri. Inſuper dicebat, d. verſ. tractari, etiam habere locum in fideicommiſſo pupillari relicto à legitimis pupilli heredibus.

Et quoad primum, manifeſte fallitur: quia niſi ſubſtitutus pupilli, eſſet hæres patris iam demortui, non cederet dies legati, ſiue fideicommiſſi, uiuo pupillo, ſicut regulare eſt in qualibet alia hæreditate: nam iuris diſpoſitio, que mortuo patre dicit cedere diem legatorũ à ſubſtituto pupillari datorum, procedit ex neceſſario quodam iure accreſcendi, quo hæreditas pupillaris cõiungitur paternę, vt late probauimus: & ita ſola mors patris, ſicut & eius hæreditas, ut principalis, conſideratur.

65 Id vero, quod addit Coſta, à verſ. tractari, etiam† habere locum in fideicommiſſo pupillari ab inteſtato; inciuile equidem eſt: nam pupillo inteſtato decedente, ille ei legitimus hæres erit, qui tunc temporis proximus eſt, §. proximus, Inſt. de legitima agnat. ſucceſſ. quia in his terminis, omninò diuerſa, ac ſeparata eſt hæreditas pupillaris à paterna: nec enim tunc pupillaris hæreditas coniungitur paternæ, vt ille, qui fuit legitimus heres patris, ſit etiam neceſſariò legitimus filij impuberis; quod probatur a ceſſante ratione d. l. qui patri, ff. de acquir. hæred. Vnde deficiente ſpeciali ratione, ob quã pupillaris hæred. paternæ iungebatur, ſuccedit regula vulgaris, quod mortuo legatario, vel fideicommiſſ. in vita teſtatoris, nihil tranſmittitur ad eius hęred. Quod adhuc intelligo, quamuis pater ſibi condidiſſet teſtamentum, & legitimorum impuberis hæredũ fideicõmiſerit, qui tunc erãt proximi ab inteſtato, & quos ſibi hæredes nominatim ſcripſit: nam etiã in his terminis hęred. pupill. ſeparata eſt, nec accreſcit paternę: ceſſat. n. ratio d. l. qui

Digitized by Google

patri, cum ius accreſcendi non habeat locum in ſucceſſione difformi (qualis eſt teſtati, & inteſtati, l. ius noſtrũ, ff. de regul. iuris) probat l. ſed cum patrono, 6. vbi notat gloſ. verbo, ceteri, ad finem, ff. de bonorum poſſ. Ioannes Imola qui plures refert, in l. 1. §. ſi ex fundo, num. 138. ff. de hæred. inſtit. quod eſt nimis vulgare. Vnde ſicut dicti legitimi hæredes decedentes viuo pupillo, pupillarem hæreditatem non tranſmittunt, tum, quia ſtatim defertur ſequentibus legitimis, l. 1. §. illud certe, ff. de legatis 3. tum etiam, quia non adita, non tranſmittitur, vt probauimus: ita fideicommiſſarij viuo pupillo decedentes, nil tranſmittent ad ſuos hæredes: quia tunc non tam agitur de dilata aditione hæredis, quam de incerta validitate legati, cum interim irritari poſſit, ex d. §. illud certe, & vt generalius dicam, quia viuo teſtatore, legati, aut fideicommiſſi dies non cedit, l. vnica, §. cum igitur, ad finem, C. de caduc. tollend.

66 Tandem † principaliter colligitur decidendi ratio ad tex. difficilem in l. 2. §. illud poteſt quæri, ff. de hæred. vel act. vend. ibi: *Plane ſi actum ſit, dicendum erit, etiam impuberis hæreditatem in venditionem venire, maximè, ſi iam delata impuberis hæreditate, venierit hæreditas*, &c. vbi inuoluitur caſus, quo delata non eſt impuberis hæreditas, videlicet, quia pupillus nondũ deceſſerat; & ita innuit vendi poſſe hæreditatem viuentis, contra regulam l. 1. ff. eodem tit.

Qua obiectione oppreſſus Accurt. d. verbo, maximè, putauit in primis delendum eſſe illud verbum (*maximè*): & tunc decidere l. c. vendi poſſe hæreditatem pupilli, ſi iam delata eſt; quem ſenſum valere iubeo, cum ſit contra omnium codicum fidem; immò, nec in ipſo quieuit Accurt.

Alij interpretantur caſum implicitum de non delata hæreditate, eſſe intelligendum de non delata, non quidem propter vitam impuberis, ſed propter alicuius conditionis adiectionem, vel quid ſimile, quod etiam mortuo impubere, delationem hæreditatis impediret, iuxta regulam l. is qui hæres, 13. ff. de acquir. hæred. & quæ notat gloſ. magiſtra, in l. is poteſt, ff. eodem tit. Verum & hic ſenſus abire debet: tum, quia dictio (*maximè*) implicat caſum magis dubium; at ſi conditio dumtaxat impediret delationem hæreditatis pupillaris, magis dubius non erat; cum ſpes vendatur, & futurus euentus, l. nec emptio, 8. ff. de contrahend. empt. l. ſi iactum, ff. de act. empt. tum etiam ex vero ſenſu, qui ſtatim aſſignabitur.

Vnde gloſ. d. verbo, maximè, tandem quie-
67 ſcit, vt † vendi poſſit hæreditas pupilli adhuc viui, cum hæreditate paterna, quam hæres venditor iam adiuerat, vt patet ex text. ibi: *Maximè, ſi iam delata impuberis hæreditate hæreditas venierit*, ſcilicet, paterna, idque intelligit gloſ. procedere acceſſionis vice, argumento l. in modicis, ff. de contrah. empt. vbi alias inuendibilia ratione acceſſionis aliquando vẽduntur, & l. patris & filij, ff. de vulgari, & certè, gloſſa (quæ veritatem attigit) probare id poſſet ex d. l. qui patri, ff. de acquir. hæred. vbi, quando vnus, & idem eſt hæres patris, & filij, hæreditas pupillaris coniungitur paternę, & ratione iuris accreſcendi, etiam viuo pupillo tranſmittitur, vt ſupra probauimus: non minus autem ſecundum ſeueritatem iuris, improbata erat hæreditatis viuentis tranſmiſſio, quam venditio. Mortuo itaque pupillo, eius hæreditas iũgitur paternæ, & à tempore mortis paternæ, iure accreſcendi quæſita cenſetur: vnde quaſi ex tunc purè delata in venditionẽ venire poteſt, ſi poſtea impubes decedat. Id, quod dico cum gloſ. vendi poſſe pupillarem hæreditatem viuo pupillo, acceſſionis vice: intelligo, vt oſtendam, vnum, & eumdem eſſe debere ſubſtitutum, & hæredem patris, cui quandocunque mortuo pupillo accedit eius hæreditas: non vero, quod requiratur, vt ſimul vtraque veneat: nam pupillaris per ſe vendi poteſt viuo impubere, ſi ſubſtitutus venditor, patris etiam hæres eſt, & id innuit d. §. illud, dum dicit, aliam eſſe hæreditatem, & requirere ſpecialem conuentionem, vt in venditionẽ veniat: nec maius incommodum conſiderari poteſt in ſeorſim, quam in coniunctim vendita pupillari hæreditate.

68 Nec iam † obſtabit d. l. 1. ff. de hæred. vel act. vend. quia loquitur de hæreditate viuentis, quæ tunc eſſe, ac competere incipit, cum naturaliter teſtator moritur; quia ante nec verè, nec fictè quæſita dici poteſt. At pupillaris, cum impubes decedit, retro ante quæſita creditur, quaſi exinde agnita, & accreſcens, vt conſtat ex ſupra dictis.

Regrediẽdo igitur, vnde deflexímus, ſupra
69 poſita † reſolutio, quæ denegat omiſſionem pupillaris hæreditatis, quando idem hæres agnouit paternam: non procedit in fratre ſubſtituto, qui vt ſuus, & neceſſarius hæres poteſt abſtinere pupillari hæreditate, & retinere paternam; ſicut è conuerſo, poteſt amplecti pupillarem, & abſtinere paterna, l. filius, qui ſe paterna, ff. de acquir. hæred. vt ſupra explicauimus; & ſatis innuit d. l. quidam elogio, 20. C. de iure delib. ibi: *Et quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter ſubſtituit*; & ibidem ſentit gloſſa ſcholio vlt. ad finem, & verbo, pretermittere, in d. l. qui patri, ff. de acquir. hæred. Alex. in d. l. quidam elogio, nu. 4. vbi Iaſ. nu. 3.

Qui-

Digitized by Google

70 Quinimmo, ſicut † diximus poſſe fratrē cohæredem, & ſubſtitutū fratri impuberi, omiſſa hæreditate paterna ſibi delata, & ſeparata ea inſuper portione eiuſdem hæreditatis paternæ, quæ per fratrem impuberem ipſi iterum deferebatur, ſola pupillaria bona amplecti, iuxta l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, vt ſupra latiſſimè interpretati ſumus; ita è contra, poteri amplecti ſolam paternam, tam portionē, quæ ipſi principaliter defertur, quam quæ per pupillum deferebatur, cui ſubſtituitur; ita vt ſeparatio fiat in hæreditate pupillari, ad effectum, vt ipſa omittatur, acquiratur vero paterna portio ipſo iure immixta: ſecus ſi fuerit agnita a pupillo, vt ſupra notauimus; tunc enim vnicum, & inſeparabile patrimonium effectum eſt.

71 Ex quibus, vltra † ſpeciales caſus, argumentum negatiuū indiſtinctè valet; videlicet, qui non poteſt omittere paternam, & amplecti pupillarem hæreditatem, non poterit etiam omittere pupillarem, & amplecti paternam vt patet ex dictis.

72 Non valet † tamen affirmatiuum, v.g. poteſt omittere paternam, & amplecti pupillarem, ergo poterit omittere pupillarem, & amplecti paternam. Hoc enim non ſequitur: nā antecedens poteſt eſſe verum, iuxta l. quæſitum, 40. ad finem, ff. de acquir. hæred. conſequentia verò eſt manifeſtè falſa, ex d. l. qui patri, ff. eodem tit. d. l. quidam elogio.

Quod intelligimus, quando vtrobique datur diſparitas terminorum, v.g. ſi in teſtamento paterno inſtitutus habeat cohæredem, cuius aditione iudicium patris ſuſtineatur, d. l. quæſitum: non ita in pupillari. Alioquin ſi pares terminos aptauerimus in pupillari ſubſtitutione, & paterno teſtamento, tunc valebit etiam argumentum affirmatiuum, videlicet, qui poteſt omittere paternam, & amplecti pupillarem, poterit omittere pupillarem, & amplecti paternam, ſi nimirum habeat cohæredem in pupillari teſtamento, ſicut habebat in paterno, iuxta d. l. quæſitum.

73 Nec tunc † obſtabit d. l. quidam elogio, & d. l. qui patri, vbi generaliter deciditur, ne agnita hæreditate paterna, pupillaris omittatur: quia hoc debet intelligi, quando aliter non fuerit prouiſum à teſtatore, per dationem ſcilicet cohæredis: in hoc enim caſu, ei quodammodo permiſit teſtator repudiare pupillarem: quod manifeſte comprobatur ex d. l. quęſitum, ad finem, & l. ita tamen, §. qui ſuſpectam, ad finem, ff. ad S. c. Trebell. vbi, qui cohæredem habet, omittendo hæreditatem non dicitur contraire voluntati defuncti, ne adhuc ex illa aliquid capiat: quia ſcilicet prædicta omiſſio ei videtur permiſſa, & deinde ſuadetur ex ratione, qua mouebatur communis ſententia, quæ dicit, datione cohæredis extranei tolli ſuitatem, ac neceſſitatem in filio ſuo hærede; quaſi pater, qui dat cohæredem, permittat filio inſtituto liberam omittendi facultatem. Quam ſententiam hocce fundamēto tenuit Bart. in d. l. ſi filius, qui patri, ff. de vulgari, nu. 4. vbi Socin. nu. 20. Alex. nu. 11. idem Alex. in l. apud Iulianum, §. idem Iulianus, nu. 4. ff. ad S.c. Trebell. vbi Claudius, col. 1. Coſta Luſitanus, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, ſubſequenter, & filia. nu. 1. Quam tamen ſententiam reprobat (nec ego etiam nūc probo) Luſitanus Caldas, in repet. l. ſi curatorē, verbo, ſine curatore, nu. 45. C. de in integr. reſtit. minor. vbi refert Corneum, Aleiat. Mecham, ſibi aſſentientes. Fundamentum tamen prædictę communis, quod ſimpliciter nō damnat relatus Caldas, probat, quod qui dat cohæredem, quodammodo permittit omittere; quod vt dixi, efficaciſſimè probatur ex d. l. quæſitum, ff. de acquir. hæred. & d. l. ita tamen, §. qui ſuſpectam, ad finem, ff. ad Trebell.

74 Ex quibus † tandem colliges, per d. l. quidam elogio, C. de iure deliber. non emendari l. quęſitum, ff. de acquir. hęred. cum ſimilibus, quamuis aliqui id opinarentur, vt refert gloſ. vlt. in princip. in d. l. quidam, tum', quia d. l. quidam, venit ad confirmandam Neratij ſententiam, de qua in d. l. qui patri, ff. de acquir. hæred. nam Imp. non nouam quæſtionem excitauit, ſed iam excitatam à iuris prudentibus, ſanctione firmauit, pro ea parte, quæ conformis eſt d. l. qui patri, ſicut aliàs fecit in l. vlt. C. de donat. cauſ. mortis. vbi conſtituit donationes cauſa mortis iure legatorum cenſendas; cum iam à plurimis I. C. ita deciſum extaret, vt patet ex Iul. Paulo, in l. omnibus, l. Marcellus, verſ. vlt. l. & ſi debitor, ad finē, ff. de donat. cauſa mortis. ex Vlp. in l. illud, ff. eodem tit. tum etiam, quia per ſubauditos ſenſus, leges nec corriguntur, nec cenſentur correctæ, l. præcipimus, verſ. vlt. C. de appellationibus.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & concordia Papiniani in l. vlt. in princip. verſ. vlt. ff. de vſucap. & Marciani in l. ſi quiſquam, 7. ff. de diuerſ. & temp. à nu. 1. per tot. & præcipuè. à nu. 10.

Referuntur, & obiter reprobantur Doctores, qui niſi ſunt conciliare prædicta iura. d. nu. 1.

Refertur Roberti, & aliorum coloratior, ac receptior conciliatio, & reprobatur. nu. 2.

Ius piſcandi omnibus commune eſt. ibidem.

Litorum, & riparum vſus publicus eſt. nu. 3.

Qui

Qui ædificat in litore, vel ripa publica, dominus ſoli efficitur; & de ratione, ibidem. & nu. 6.

Explicatur l. in tantum, ff. de rerum diuiſ. ibidem. & numero 6.

Refertur caſus ſingularis, in quo ſolum cedit ædificio. ibidem.

Qui ſolus pluribus annis in aliquo maris, vel fluminis publici diuerticulo piſcatus fuit, acquirit ſibi ius prohibendi alios eodem loco, & iure vti. nu. 4. quod intellige, quamdiu non deſerit piſcandi conſuetudinem, aut locum. nu. 9.

Explicatur, d. l. ſi quiſquam. d. nu. 4. & nu. 15.

Explicatur l. iniuriarum, 13. §. vlt. verſ. vſurpatum, ff. de iniurijs. nu 5.

Non poteſt quis prohibere ante ædes ſuas alios in mari, vel in flumine publico piſcari. ibidem.

Quid ſignificet, vſurpare. *ibidem.*

Si ædificium in loco publico poſitum corruat, locus iterum reuertitur ad priſtinam cauſam. num. 6. & num. 11.

Si ædificium in loco publico poſitum deſeratur, primo occupanti conceditur. nu. 7. cum ſeq.

Qui ſimpliciter non vult poſſidere, amittit, quidem poſſeſſionem, & occupationem; ſed tamen non cenſetur habere pro derelicto. num. 8.

Loca publica non præſcribuntur. ibidem.

Temporale dicitur, quod ſuapte natura tempore finitur. nu. 9. ad finem.

Explicatur d. l. vlt. in princip. ff. de vſucap. ibidem. & num. 13.

Occupatio in quibus rebus dominium adijciat. ibidem. & num. 23.

Explicatur d. l. vlt. in princip. verſ. vlt. num. 12. cum ſeqq.

D. l. vlt. & d. l. ſi quiſquam, conſideratur aperta conuenientia. nu. 13. cum ſeq.

Explicatur d. l. iniuriarum, 13. §. ſi quis me. numero 17.

Qui prohibet aliquem in mari, vel flumine publico piſcari, iniuriarum actione tenetur. ibidem.

Explicatur l. ſanè, 14. ff. de iniurijs. nu. 18.

Qui turbat aliquem in loco publico per eundem iam occupato, interdicto, vti poſſidetis, reprimitur. ibidem.

Mare omnibus commune eſt; aliquando tamen in eo ius quæritur. ibidem.

Comprobatur ſententia eorum, qui dicunt Sereniſs. Reges Luſitaniæ, ac Caſtellæ, poſſe prohibere alijs commerciandi ius in locis alias publicis, in quibus ipſi tale ius præoccuparunt, quod conquiſtas vocant. nu. 19.

Et quale ius competat in dictis conquiſtis, numero 20.

Explicatur l. mercatores, 4. C. de mercatoribus, & commer. nu. 21.

Quæ ſunt de iure gentium, aliquando ſubditis prohibentur data iuſta cauſa. ibidem.

Ius, quod interdicit, ne quis turbet occupatores locorum publicorum, cum fundetur in ratione naturali, omnes ligat: & omni meliori modo exerceri poterit contra quoſuis turbatores. ibidem.

Explicatur Ord. Luſitana. lib. 5. tit. 107. in princip. & §. 1. nu. 22.

Verborum (deſeruire) *reſpicit ſubditos, ſcilicet eos, qui ſeruire tenentur. ibidem.*

Qui aucupatur, venatur, piſcatur, etiam in loco alieno, ſuum facit quidquid capit; idem de mercibus, quos quis redimit in loco aliena conquiſta. ibidem.

CAPVT XIIII.

Concordia inter Papin. in l. vlt. in princip. verſ. vlt. ff. de vſucap. & Marcian. in l. ſi quiſquam, 7. ff. de diuerſ. & temporal. præſcript.

1 SCribit Papin., *Vel † ſi quis, quod in fluminis publici diuerticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit: alterum eodem iure vti prohibeat*; iuncto initio, ibi: *Præſcriptio longæ poſſeſſionis ad loca iuris gentium publica obtinenda concedi non ſolet*; &c. ex quo infert, in d. verſ. vel ſi quis, non poſſe alterum prohiberi, ne eodem iure piſcandi vtatur.

E contra Marcianus, in d. l. ſi quiſquam, ff. de diuerſ. & temp. dum inquit: *Si quiſquam in fluminis publici diuerticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterum eodem iure vti prohibet.* Varios conciliandi modos profert gloſ. verbo, datam, ad finem, in d. l. vlt. & verbo, prohibet, in d. l. ſi quiſquam, quos proſequuntur ordinarij interpretes; ſed omnes omninò diuinant, vt intuenti facile patebit. Plures concordias videre licet per relatos ſub Hiſpano Pichardo, in §. flumina, nu. vlt. Inſt. de rerum diuiſione, vbi etiam notant ordinarij: & fatentur omnes implacabilem quodammodo antynomiam.

2 Inter quas † conciliationes illa coloratior apparebat, quam tradit Robert. lib. 1. recepit. lection. cap. 17. & ſequitur Pichardo vbi ſupra, vt ſcilicet d. l. vlt. in princip. verſ. vlt. ff. de vſucap. procedat, quando quis vult vſucapere loca publica, & ita quoad proprietatem, ſeu dominium, vt patet ibi: *Ad obtinenda ea loca*, &c. At d. l. ſi quiſquam, procedat tantum quoad ius piſcandi præſcribendum: vt inde oriatur exceptio, mediante qua præſcribens re-

pellere

Digitized by Google

pellere poſſit alio eodem iure vti volentes.

Verum hęc conciliatio nequaquam placet, in primis, quia inuoluit abſurdum quid, & ineptum; dum intelligit d. l. ſi quiſquam, in iure tantum piſcandi, abſque aliquo reſpectu ad locum publicum: Etenim ſi reſpectus non habeatur ad locum, quomodo poteſt conſiderari præſcriptio iuris piſcandi, quod omnibus commune eſt, l. nemo, ff. de rerum diuiſ. l. iniuriarum, 13. §. vlt. ff. de iniurijs. Præſertim, cum per talem præſcriptionem non impediatur tunc ius alterius in eodem loco piſcari volentis, ſi in loco ius aliquod non praeacquiratur. Accedit, quia d. l. ſi quiſquam, non inquit, alterum prohiberi poſſe à iure piſcandi ſimpliciter, ſed à iure piſcandi in fluminis publici diuerticulo. Tandem, d. l. vlt. verſ. vlt. per totidem verba id videtur negare, quod Marcianus concedit in d. l. ſi quiſquam; vnde verba aucupanda non ſunt, ſed verus ſenſus eruendus ſecundum iuris principia.

3 Pro conciliatione † aduerte Primò, quòd licet litorum, & riparum vſus publicus ſit, & cuiuis communis, vt probant I.c. Marcianus, & Caius, in l. nemo, & l. riparum, ff. de rerum diuiſ. poteſt tamen quis, niſi impediatur, inibi ædificare: & interim dum durat ædificium, area inædificata ipſius tantum cenſetur, vt probat Marcianus in l. in tantum, 6, ff. de rerum diuiſ. ibi: *In tantum, vt & ſoli domini conſtituantur qui ibi ædificant: ſed quamdiu ædificium manet*, &c. Ex quo reſultat ſpecialis caſus, vbi ſolum cedit ædificio: cum regula è cõuerſo ponatur à I.c. in l. adeo, §. cum in ſuo, ff. de acquir. rerum domin. §. cum in ſuo, Inſt. de rerum diuiſ. notat gloſ. 1. in d. l. in tantum, & ſequuntur ibi omnes, & verb. ædificatur, ad finem, in d. §. cum in ſuo. vbi rationem reddit Portius nu. 3. ante finem, & reliqui interpretes ſequuntur; quaſi ſcilicet prædictus effectus magis ab occupatione, quam inædificatione reſultet. Cum igitur quãdiu durat ædificium, ædificans ſit quodammodo dominus loci aliàs publici, ſequebatur poſſe repellere quemuis vti volentem loco inædificato.

4 Quæ Marciani † ſententia relata in d. l. in tantum, apud omnes conſtitutiſſima fuit: & ideo in varias ſpecies ex paritate rationis deriuanda videbatur; & notabiliter idem Marcianus protraxit ad caſum d. l. ſi quiſquam, vt cõiectari licet ex epygraphe d. l. in tantum, & d. l. ſi quiſquam, vtrobiq; enim adeſt Marcianus, lib. 3. Inſtitutionem, vt non ſolum quis per inædificationem loci aliàs publici, quaſi per occupationem poſſit impedire communionem de iure gentium inductam, ſed etiam per continuationem piſcandi, ſi videlicet in certo fluminis publici diuerticulo per plures annos ſolus fuerit piſcatus; de quo Caſſaneus in conſuetud. Burgend. Rubr. 13. §. 2. in princip. num. 13. Cępola, in tract. de ſeruit. in tit. de piſcatione. Ea vtrumque caſum interueniente differentia, quod ædificatione ſemel perfecta ſtatim arcebantur reliqui ab eodem loco; quia iam tunc dabatur completa occupatio: at per piſcationem, opus erat vt quis ſolus, & pluribus annis piſcaretur, vt inquit d. l. ſi quiſquã, aliter enim ſimplex piſcatio non erat potens ad tale ius producendum, cum nemo in breui temporis ſpatio ita continenter piſcari poſſit, vt locus ille ſemper occuparetur, quin aliquando vacaret communi vſui, & ita ſentit gloſ. 1. ibi: *Per longam conſuetudinem*, in l. ſane, 14. ff. de iniurijs, data tamen vtrobique conueniente occupatione, pro qualitate vſus, nulla tunc reperietur differentia.

5 Vnde † obiter colliges qua mente dixerit Vlp. in l. iniuriarum, 13. §. vlt. ff. de iniurijs. eum iniuriarum teneri, qui alterum piſcari prohibet ante ædes ſuas, vel prætorium, ratione ſcilicet proximi ędificij, vt patet ibi: *Vſurpatum tamen & hoc eſt, tametſi nullo iure, vt quis prohiberi poſſit ante ædes meas, vel prætorium meũ piſcari*; &c. quaſi velint proximorum mari ędificiorum domini ratione proximitatis, ad inędificationis inſtar, prohibere piſcantes ante tales ædes, vel prætorium. Quod quidem merito dicit vſurpatum, hoc eſt, inique aſſumptũ, vt ibidem notat gloſ. verb. vſurpatum, vel interruptum à communione: vſurpare enim ſignificat ſibi rumpere, ſiue interrumpere, iuxta Rubric. ff. de vſucap. & vſurpationibus & latè explicant verborum iuris compilatores, vt videre eſt per Briſſonium, verbo, vſurpare, & conſtat ex l. 2. ff. de vſucap. vbi Cuiac. Dicit igitur Vlp. tale quid eſſe vſurpatum, id eſt, inique raptum à publica communione, in qua erat, nec enim proximitas ædificij tantùdem operatur, quantum ipſa impoſitio, & inædificatio, quæ verè locum occupat: proximitas verò ſecundum ſe, nullam occupationis ſpeciẽ præſefert. Si tamen vltra proximitatem ædificij, præceſſiſſet eiuſdem ſolius pluribus annis continua piſcatio (quæ ſola ſufficit) ſine dubio, iuſtè alios eodem iure vti prohiberet, d. l. ſi quiſquam, vt ſupra expoſuimus.

6 Deinde † principaliter aduerte, quod per inædificationem loci aliàs publici, non tollitur omninò communio iuris gentium reſpectu eiuſdem loci; ſed potius quamdiu durat ædificium, & occupatio, vſus communis ſuſpenditur: ita vt vbi primum illud ædificium corruerit, ſtatim quaſi iure poſtliminij reuertatur locus in priſtinam cauſam, id eſt, ad communẽ vſum, d. l. in tantum, ibi: *Alioquin ædificio dilapſo, quaſi iure poſtliminij reuertitur locus in priſtinam*

ſtinam cauſam; & ſi alius in eodem loco ædificauerit, eius fiat. Ratio colligitur ex dictis: quia cum ædificium ſuperimpoſitum occupationis vice aream alias communem in vtilitatem ſingulorum reſtringat; dilapſo ædificio, vtpote occupatione ceſſante, reuertetur res ad antiquam cauſam: vtilitas namque priuatorum in fieri, & conſeruari pendebat ab illa occupatione.

7 Quod amplia, licet † ædificium nō corruat, aut deponatur, ſed adhuc impoſitum derelinquatur: derelictum enim ſequitur communē naturam ſoli, cui inædificatum eſt, & primo occupanti conceditur, vt probat d. l. vlt. ff. de vſucap. ibi: *Aut dereliquerat*, &c. quidquid perperam interpretetur gloſ. ibidem, verbo, aut; & Cuiac. ibidem; expungendum putet. Et ratio eſt in promptu: quia cum ædificium ſola ratione occupationis, interim ex publica priuatam efficiat ſoli cauſam, vt ſupra aduertimus, & occupatio tamdiu conſideretur in dictis terminis, quamdiu verè, vel interpretatiuè durat intentio occupantis; ædificioque derelicto mens occupātis ab occupatione recedat; nihil mirum, quod iterum idem locus primo occupanti pateat, & ædificium; conditio enim ſoli ſemper intendit ad ſe ſuperficiem trahere, §. cum in ſuo, Inſt. de rerum diuiſ. & quod hæc fuerit mens Papin. in d. l. vlt. in relatis verbis, ſatis liquet: nam alioquin, ſi ædificium dilapſum dominus dereliquiſſet, non ſolum tex. carebat dubitandi ratione, quinimmo inuoluebat ſenſum abſurdum, videlicet, quod ſi vltra ruinam impoſiti ædificij, requireretur eiuſdem deſertio; ſequeretur adhuc ab eo loco iā reuerſo ad priſtinam communis vſus cauſam, per antiquum ædificatorem repelli poſſe alios eodem vti volentes; quod neutiquam patitur d. l. in tantum, ff. de rerum diuiſ.

8 Quando autem † dicimus (*derelictum*) non intelligimus ſecundum tit. pro derelicto, tunc enim non ex natura loci publici, iuncta interpretatione iuris, de qua d. l. in tantum, ſed ex alio capite occupāti concederetur, iuxta l. 1. ff. pro derelicto, præſertim, quia alias careret dubitandi ratione, d. l. vlt. ibi: *Datam exceptionem opponat*; &c. Si enim quis rem habuiſſet pro derelicto, qua fronte exceptionem rei propriæ poſtea opponere poſſet? Vnde dicendum eſt, id procedere, vel, quando ædificator noluit ſimpliciter poſſidere, quo caſu amittitur poſſeſſio, & occupatio, quin res habeatur pro derelicto, l. ſi quis ui, §. differentia, ff. de acquir. poſſeſſ. ibi: *Poſſeſſio autem recedit, vt quiſque conſtituit nolle poſſidere*, &c. Aut, quando per aliquod continuum tempus deſeruit habitationem illam; quo caſu collectis circumſtantijs præſumitur animus non occupandi prædictū locum publicum; Et quamuis poſtea idem antiquus ædificator egrediatur, vt priſtinam occupationem denuo proſequatur, fruſtra opponit antiquam exceptionem: quia occupanti tantummodo competit, non vera ratione alicuius dominij quæſiti in loco publico, vt ſatis innuit præfatio d. l. vlt. ibi: *Præſcriptio longæ poſſeſſionis ad loca iuris gentium publica obtinenda concedi non ſolet*; &c. cui inter alios caſus ſubdit eum, quo quis derelinquit locum publicum, & poſtea ratione longæ poſſeſſionis quaſi vſucaptum auocare intendebat à nouo occupatore, quod tamen denegatur.

9 Ad ſimilitudinem † autem ædificij in loco publico exſtructi, & poſtea dilapſi, aut derelicti, (quibus terminis locus in priſtinam cauſam redit) etiam dicendum erat in loco publico præoccupato per eum, qui pluribus annis ibidem piſcatus fuerat, ne ſcilicet iure ſemel quæſito in perpetuum receſſiſſet locus ille à communione, cum tamen ex dictis conſtet, per dictam continuam poſſeſſionem piſcandi in certo fluminis, aut maris loco, ſeu diuerticulo, non acquiri ius ſimpliciter priuatum, ſed ſuſpenſiuum iuris gentium, quod locum publicum efficiebat, & ſemper intendit illum reſtituere ſuæ naturæ; Vnde, qui per continuam piſcandi conſuetudinem quoddam interim priuatum ius quæſiuerat, iuxta d. l. ſi quiſquā; & l. ſane, 14. ff. de iniurijs, per deſuetudinem (vel quia locum dereliquit, vel quia piſcari deſiuit) illud idem amittit, & locus reuertitur ad priſtinam cauſam; & ita temporalis interim, & non perpetua manet præſcriptio, vt ſuadet Rubrica, ff. de diuerſis, & temporalibus præſcriptionibus, ſub qua collocatur d. l. ſi quiſquam, ei iunge Rubricam, & princip. Inſt. de perpetuis, & temporalibus act.

10 Ex quibus hucuſq; repetitis, manifeſta † colligitur conciliatio ad præfata iura: nam Papin. in d. l. vlt. ff. de vſucap. ſolum intendit oſtendere continuam poſſeſſionē, & occupationem loci publici non proficere ad conſtituendum ius dominij priuati, ac perpetui in eodem loco, ſecundum naturam vſucapionis, l. 3. ff. de vſucap. à qua regula exorditur: & vt id palam demonſtraret, ſubijcit in templa, nō quidem quamdiu locus publicus occupatus eſt (tunc enim ratione occupationis, quaſi priuatus erat, iuxta d. l. in tantum, ff. de rerum diuiſ.) ſed poſtquam deſijt occupari ab vno, & ab altero incepit, in hos enim terminos recte cadit quæſtio vſucapionis, quæ non ratione actualis inſiſtentiæ, & occupationis, ſed iuris antea quaſi quæſiti intenditur; vt eleganter innuit Papin. in d. l. vlt. ibi: *Quod ita procedit, ſi quis ædificio funditus diruto*; &c. & ibi tradit gloſſa, verbo, quod. Secundum quæ

ſuppo-

ſupponit Papinian quod licet per inædificationem, vel continuam piſcationem locus alias publicus, ad cauſam, & vtilitatem priuatam redigi videretur, iuxta d. l. in tantum, & ſupradicta: attamen (& hoc exprimit) ſi ædificium illud corruat, aut deſeratur, locus redit ad priſtinam cauſam, & vſum communem: nec tūc poterit antiquus occupator iuuari longa poſſeſſione ad obtinenda loca iurisgentium publica, quaſi vſucepiſſet: nam præfata loca omnē omninò reſpuunt præſcriptionem, ſolamque patiuntur occupationem, occupatio autem in loco publico (quamdiu durat) ſolum importat ius repellendi alios ab eodem vſu, non tamen dominium adijcit, d. l. in tantum. Nec obſtat, quod multa per ſolam occupationem noſtra fiunt, §. feræ, cum ſeqq. Inſt. de rerum diuiſ. nam loquitur de occupatione rerum, quæ ſuaptè natura ſingulis vt ſingulis natura deſtinantur, vt patet ex §. ſingulorum, cum ſeqq. iuncto princip. Inſt. eodem tit. & ex l. 1. verſ. vlt. cum ll. ſeqq. ff. de acquir. rerū domin. Quę igitur nullius in bonis ſuis, & ſingulis deſtinantur, occupantis pleno iure fiunt; at locus publicus non deſtinatur ſingulis, vt ſingulis, ſed in communi. ergo, &c.

11 Cum igitur † loca publica dominio priuatorum non ſubdantur, ſed ſolam recipiant occupationem, ea ceſſante perinde cenſentur, ac ſi nunquam occupata fuiſſent, d. l. in tantum, ibi: *Aedificio dilapſo, quaſi iure poſtliminij reuertitur locus in priſtinam cauſam*; &c. conſtat autē iure poſtliminij ita ſeruitutem demi, ac ſi incurſa non eſſet, §. ſi ab hoſtibus, Inſt. quibus modis ius patriæ poteſt. elegans text. qui prædicta phraſi vtitur, in l. penult. §. pater, verſ. quod ſi inteſtatus, ff. de caſtr. peculio, ſi ergo quaſi libera ab omni occupatione retro ceduntur, quæ præſcriptio conſiderari poterit?

12 Et proſequendo † Papin. ſuam mentem in terminis deſertæ occupationis, (in quibus tantum quęſtionem procedere ſupra oſtendimus) tandem ſubnectit, verſ. vel ſi quis, vbi ſecundum præcedentia inquit, quod licet quis per continuam piſcationem, ius aliquod quærat in loco publico, ſicut per inædificationem, iuxta Marciani ſententiam, in d. l. in tantum, ff. de rerum diuiſ. & in d. l. ſi quiſquam, ff. de diuerſ. & tempor. tamen, qui ſolus pluribus annis piſcatus fuerat, piſcandi conſuetudinem, aut locum deſerat, iuxta ſupradicta, & alium ibidē piſcantem poſtea regrediens inueniat, eundē repellere non poterit: quia ſcilicet locus ille reuerſus eſt ad priſtinā cauſam; nec iuuari poterit antiqua exceptione, quod ſolus pluribus annis piſcatus olim fuerit, quaſi longa illa poſſeſſione piſcandi in illo loco, ius aliquod priuatum, ac perpetuum quæſiuiſſet, quod denegatur.

Et quod hæc fuerit excellentiſſimi Papin. mens, oſtendit d. verſ. vlt. ibi: *Vel ſi quis, quod in fluminis publici diuerticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit*; &c. quaſi dicat, ſicut in præcedentibus exemplis antiqua inędificatio loci publici per longum tempus non præſtitit vſucapiēdi conditionem in loco publico, ad effectum, vt diruto ædificio, area maneret in dominio, aut vſu priuato: ita continua piſcandi conſuetudo in fluminis publici diuerticulo (ſi deſerta fuerit, vt diximus) nullum in perſona antiqui piſcatoris ius relinquit prohibendi alios eodē iure vti, quamuis maximè clamet, quod in illo eodem loco ſolus pluribus annis retro piſcatus ſit. Ex quo tacite infert, non manſiſſe vſucaptum, vt oſtendere intendebat: nam dum occupatus erat, inutiliter controuerteretur de vſucapione; cum ratione occupationis prohiberi poſſet alter, qui eodem iure vti velit, iuxta d. l. in tantum, d. l. ſi quiſquam, & l. ſane, 14. ff. de iniurijs; & inſuper Pap. in toto contextu d. l. vlt. in omnibus exemplis loquitur de occupatione ſublata; vnde perperam ſubnecteret quæſtionem de loco publico per continuam piſcationem occupato.

13 Deinde principaliter † colligitur Papin. in d. l. vlt. & Marcian. in d. l. ſi quiſquam, tantum abeſſe, vt diſcordent, quod immò maximè conueniant: nam Marcianus in d. l. ſi quiſquam, totus eſt in ampliando regulam, quam ipſe tradiderat in d. l. in tantum, ff. de rerum diuiſ. vt videlicet non ſolum per ædificationē ſuſpendatur communio loci aliàs de iure gentium publici; ſed etiam per continuam pluribus annis piſcationem ab vno tantum, & in certo loco exercitam, & Marcianum in vtroque exemplo ſequitur Papin. in d. l. vlt. dum, vt oſtendat loca publica vſucapi non poſſe, id primò exemplificat in loco publico inædificato, & ædificio poſtea dilapſo; reſoluitque locum illum denuo cuilibet occupāti patere, nulla præſcriptionis exceptione, vel qualibet alia competitura antiquo ædificatori, apertè innuens, medio tempore, quo ædificiū extabat, ædificatori ratione occupationis ſine dubio exceptionem competijſſe, iuxta d. l. in tantum, & ſatis colligitur ex d. l. vlt. ibi; *Datam exceptionem opponat*; vbi quærit, an olim data exceptio, dum ædificium extabat non derelictū, adhuc competat? ſic manifeſtè innuens durante ædificio, ius ædificatori eſſe excipiendi, & prohibendi alios eodem loco vti. Id autem, quod de ædificio nondum diruto ſupponebat, protendit ad continuatam ſolius pluribus annis piſcationem in certo fluminis publici loco, vt ſcilicet, dum interrupta manet, ius pro-

hibendi

hibendi pariat, iuxta d. l. ſi quiſquam; deſerta verò quomodocũque piſcatione, iam amplius non competat facultas alios eodem iure prohibendi. Et ita clarè ſupponit, (vt omnia exempla regulæ ſubiecta pariter procedant) quod ſicut dum ædificium ſtat, vel non derelinquitur, locus aliàs publicus in adumbrata quadã priuati cauſa manet; ædificio verò dilapſo, vel derelicto, reuertitur ad priſtinã cauſam: quia vſucapio in his terminis nihil operatur; & inſimul occupatio ceſſauit. Ita continua ac longa ſolius piſcatio in loco publico, dum non interrumpitur, quoddam quaſi priuatum ius parit alios eodem iure prohibendi; deſerta verò, locus redit ad priſtinam cauſam, ceſſatque dictum ius prohibendi.

14 Secundum quæ apparet † incuria compilatorum aliquatenus mutilam eſſe, ac laceratam Papiniani deciſionem, in d. verſ. vlt. nam quẽadmodum in exemplo ædificij, meminit ruinæ, vel deſertionis, vt oſtenderet locum aliàs publicum non manſiſſe vſucaptum; ita etiam in exemplo de iure piſcandi in fluminis publici diuerticulo pluribus annis, in eundem dictũ finem meminiſſe oportebat deſertionis piſcandi. Aliqualiter tamen id inſinuat d. verſ. vlt. ibi: *Quod in fluminis publici diuerticulo ſolus pluribus anni piſcatus ſit*; &c. vbi Papinian. partis allegationem adducit, quę in eô nitebatur, quod quamuis aliquo tempore deſeruiſſet piſcationem, attamen retro pluribus annis ſolus piſcatus fuerat, quod videbatur ſufficere ad præſcriptionem inducendam. Qua allegatione non obſtante, contrarium reſoluit, videlicet, quod deſerta conſuetudine piſcandi, qua ſolus quis in certo loco vſus fuerat, perinde eſt, quoad tempus præſertim, ac ſi piſcatus nõ eſſet: quia interrupta occupatione loci aliàs publici, iterum ſuſcitabatur communi vſus, ac ſi nunquam impeditus eſſet, iuxta ſupradicta. Vnde Papin. ſatis oſtendit, ſe in d. verſ. vlt. loqui de eo, qui ſolus pluribus annis in fluminis publici diuerticulo piſcatus fuerat, ſed tempore, quo alium eodem iure vti prohibebat, prædictam conſuetudinem interruperat; At Marcianus, in d. l. ſi quiſquam, loquitur de eo, qui ſolus continuo exercitam piſcationem in eodem loco non interrupit.

15 Maneat † igitur, quod ſi quis ſolus pluribus annis in aliquo fluminis publici loco piſcatus ſit, quãdiu non deſueſcit piſcari in eo loco (quod aliũde colligetur) acquirit ſibi ius quoddam priuatum alios eodem iure vti prohibendi, tamquam ſi dominus eſſet, iuxta d. l. in tantum, & ita procedit d.l. ſi quiſquam.

16 Si tamen † locum illum certũ derelinquat, vel piſcari deſinat, non poterit poſtea reuertẽs reliquos prohibere ne piſcentur: quia licet interim dum non interruperat piſcandi conſuetudinem, dictum ius quæſiuiſſet; illud tamen non erat plenarium, & irreuocabile, quale oritur ex præſcriptione; ſed potius imperfectũ, & meræ occupationis, quod oritur ex ſuſpenſione quadam violenta iuris gentium, quod loca illa publica efficit, & in talem communionem, quantum poteſt, reuocat. Et ita procedit d.l. vlt. in princip. verſ. vlt. & ita hanc conciliationem tetigit gloſſa, verſ. prohibet, in d.l. ſi quiſquam, & verbo, datam, cuius verba ſine longa interpretatione, caſu, & diuinatiuè poſita videbantur; eamdem etiam aliquanto latius inueni apud Cuiac. in præſenti, quem nõdum videram, cum ſuprapoſitam interpretationem indagauerãm, ſed & Cuiuac. altiori indigebat expoſitione.

17 Vnde Primò † infertur intellectus ad Vlp. in l. iniuriarum, 13. §. ſi quis me, &c. ff. de iniurijs, ibi: *Si quis me prohibeat, in mari piſcari; vel in diuerticulum*; &c. vbi reſoluit, iniuriarum agi poſſe contra prohibentem piſcari in loco omnibus communi: nam debet intelligi, niſi prohibens ius prohibendi quæſiuiſſet, quod videlicet, ſolus pluribus annis piſcatus fuerit in eodem loco, vel ſimiliter occupauerit, & ita interpretatur gloſ. verbo, prohibet, in d. l. ſi quiſquam, ff. de diuerſ. & temp.

18 Deinde infertur † intellectus ad Iul. Paul. in l. ſanè, 14. ff. de iniurijs, ibi: *Si maris ius ad aliquem pertineat: vti poſſidetis, interdictum ei competit, ſi prohibentur ius ſuum exercere*; &c. Nam intelligi debet ius maris quæſitum longa alicuius exercitij conſuetudine, quæ vice occupationis ſit, argumento d.l. ſi quiſquam, & ex ſententia Azonis notat gloſ. 1. in d.l. ſanè, & ita text. ille eſt ampliatiuus d. l. ſi quiſquam, vt ſcilicet, non ſolum quis poſſit prohibere alios eodem iure vti volentes, iuxta d. l. ſi quiſquam, quinimmo contra turbantes interdictum, vti poſſidetis, competat. Cum tamen tale ius quæſitum ſit per cõtinuum vnius ſolius pluribus annis vſum, ſic ſuſpenſa communione maris, quod de iure gentium omnibus patebat, iuxta d. l. in tantum, ff. de rerum diuiſ. iuncta l. quædam, cum ll. ſeqq. ſupra eodem tit. d.l. iniuriarum, §. vlt. ibi: *Et quidem mare commune omnium eſt, & litora, ſicut eſt aer.* &c. §. 1. Inſt. de rerum diuiſ. ſi talis vſus, & occupatio ab exercente, vel occupante, deſertus, deſertaue fuerit: quamuis poſtea regredi malit; iam nec præſcriptione vti poterit, nec antiqua exceptione, d. l. vlt. ff. de vſucap. d. l. in tantum, nec aliquo interdicto ſiue recuperandæ, ſiue retinendæ: cum ceſſante occupatione præcedens qualiſqualis poſſeſſio extincta ſit, & ius inde reſultans, ac conſequenter, tunc non habebit locum d.l. ſanè.

Tandem

19 Tandem † infertur confirmatio ad eam ſententiam, quæ tuetur Sereniſſimo Reges Luſitaniæ, ac Caſtellæ, poſſe prohibere commerciandi ius (quod conquiſtas vocant) in illis regionibus, in quibus ipſorum ſubditi pluribus annis exercuerunt: id namq; apertiſſimè confirmat d. l. ſi quiſquam, & clariſſimè ſupponit d. l ſanè, quam opinionem etiam ſecutus eſt Luſitanus Senator Cabedo, deciſ. 195. à n. 1. in 1. tomo, & deciſ. 47. à princip. in 2. tomo, acriter tamen contrarium defendit Ferdinãd. Menchaca Illuſtr. quæſt. cap. 89. ex num. 30.

20 In quo † tamen obiter aduerterem, prædictum ius non eſſe præſcriptionis reſpectu litorum, & portuum de iure gẽtium publicorum, ſed tantum occupationis, & conſequenter ſolius prohibitionis reſpectu eorum, qui eodem vti iure velint, iuxta d. l. ſi quiſquam, iuncta l. in tantum, ff. de rerum diuiſ. & ideo deſerta tali occupatione, nullum ius vſucaptum manet, vt manifeſtè comprobat d. l. vlt. ff. de vſucap.

21 Deinde † aduerte l. mercatores, 4. C. de mercatoribus, & commerc. nihil pro hac parte facere, quidquid dicat Cabedo, deciſ. 192. n. 2. quia loquitur de commercijs, quæ prohibentur perſonis ſubiectis, vt ibidem: *Nullus poſthac imperio noſtro ſubiectus, ultra*, &c. nam licet quælibet commercia ſint de iure gentium, l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure, attamen ratione ſubiectionis, & imperij, ob iuſtam cauſam, & conſeruationem publicæ commoditatis, ac quietis, aliquando prohiberi poſſunt, ſicut euenit in alijs conuentionalibus, quæ ab eodem iure proceſſere. Vnde leges generaliter prohibitiuę commerciorum ſeruari non debent, nec ligant non ſubditos commercia exercentes, præſertim cum non ſubditis, apud quos commerciandi ius occupatione tantum nobis acquiſiuimus: nec enim leges non ſubditos ligãt, vt conſtat ex ijs, quæ latè tradit Luſitanus Cabedo, deciſ. 83. a n. 1. tomo 2. Attamen cum illæ leges, quæ in locis publicis concedunt acquiſitionem iuris priuati, contra eiuſdem turbatores, permittant remedium poſſeſſorium, vti poſſidetis, d. l. ſanè, 14. ff. de iniurijs, idq; ratione naturali comparatum ſit, ne maneat illuſorium ius ex occupatione naturali quæſitum, & ita prædictarum legum vinculum, vtpote naturale, omnes liget, ſine dubio permittetur ratione damni iniuria dati, apud turbatores inuenta bona diripere, naues expugnare, ac propellere, l. vt vim, ff. de iuſt. & iure, l. 1. §. vim vi, ff. de vi, & vi armata, & ſi turbatores ſint altàs hoſtes, captiuitatis iure opprimere, §. item ea, Inſt. de rerum diuiſione.

22 Ex quibus † obiter intelligenda venit Ord. Luſit. lib. 5. tit. 107. in princip. ibi: *Aſſi natural deſtes Regnos, quomo eſtrangeira*: id eſt, tam indigena, quam alienigena; &c. vt ſcilicet, dum cõmerciandi ius in locis publicis quæſitum prohibet alienigenis, intelligatur de alienigena, qui cõmoratur in regno Luſit. & ratione domicilij ſubditus manet, & legi ſubiectus; quam Ord. ita ẽt interpretatur Luſit. Senat. Gama, deciſ. 184. n. 6. & ex ſupradictis ſuadetur, quidquid reluctetur Cabedo, d. deciſ. 195. n. 3. ad finem. Nec contrarium intendit Ord. vbi ſupra, §. 1. debet enim intelligi ſecundum iuris diſpoſitionẽ, de qua ſatis innuit ibi: *E os tragano abom recado com agente delles preſos, quomo peſoas, que nos deſeruirão* id eſt, & captu nauigia trahant ſub bona cuſtodia, & perſonas ibidẽ inuentas, quæ nobis deſeruierant, &c. verbum autem *deſeruire* in illos tantum cadit, qui ſeruire, & obedire tenentur, ergo de aliquo modo ſubditis loquitur præſata Ord. de non ſubiectis verò alienigenis illud ſtatui põt, quod ſupra de iure cõmuni in ratione naturali fundato prædiximus.

23 Tandem † aduerte, in eadẽ materia per occupationem, v. g. rõne commercij, loca de iure gentium publica non fieri occupantis, vt ſupra oſtendimus: quidquid inaduertenter dicat Cabedo, d. deciſ. 47. n. 4. in 2. tomo: nã occupatio propriũ dumtaxat efficit in ijs rebus, quę cęlo, mari, terraq; capiũtur, quę in ſingulorũ, vt ſingulorũ, vſum natura ipſa applicantur, §. ſingulorũ, cum §§. ſeqq. Inſt. de rerũ diuiſ. in locis verò de iure gentium cõibus occupatio ſolũ producit ius prohibendi alios eodem iure vti: quia ſcilicet eorũ vſus ſingulis, vt omnibus competebat; & ita procedit d. l. in tantum, ff. de rerum diuiſ. d. l. ſi quiſquã, ff. de diuerſ. & temp. pręſertim, quando in dictis locis non datur realis occupatio, qualis eſt inędificatio; nam ędificio locus publicus ſuppoſitus, quodãmodo fit ædificantis, d. l. in tantũ. Vnde ſi interim alius non ſubditus in eodem loco conquiſtæ (vt cum illis loquar) occaſione commercij aliquid mercium redimat, ſuum iuſtè facit, & cũ bona conſcientia retinet, per text. in l. 2. ff. de acq. rerum domin. & eorum, quæ tradit gloſ. in l. Diuus, ff. de ſeruit. ruſticorũ præd. Ioan. Faber, in §. feræ, Inſt. de rerũ diuiſ. cum pluribus alijs, quidquid cõtradicat Cabedo d. n. 4. qui in cõtrariũ adduxit d. l. 3. (ſic .n. referre debebat, non verò l. 2.) quę ſanè lex manifeſtè loquitur cõtra eũdẽ; text. aũt in d. l. Diuus, & d. §. feræ, nihil pro eo faciunt: quia vltra quã qđ loquãtur de locis proprijs priuatorũ, (qualia nõ ſunt loca cõmerciorũ cũ infidelibus, quę cõnquiſtas vocant, reſpectu Regum Luſit. & Caſtellæ:) deinde non dicunt capta in eis fieri dominorũ loci, ſed tantum dominos prohibere poſſe, ne quis in ſuo loco venetur, aucupetur, piſcetur, notat Bart. in d. l. Diuus, n. 1. qđ nos admittimus in habẽtibus prędictas conquiſtas, vt ſupra notauimus.

SVMMARIVM.

Vtrum conditio impoſſibilis, reputata à teſtatore poſſibilis, vitietur, vel vitiet diſpoſitionem teſtamentariã à n. 1. per tot. & pręcipue. à n. 8. & à n. 13.

Qui tenuerũt partem affirmatiuam, referuntur d. n. 1.

Communis ſententia tenuit negatiuam, & eiuſdem ſectatores referuntur. n. 2.

Latè, & eleganter explicatur l. ſeruo manumiſſo, ff. de condict. indeb. à n. 3. & præſertim à n. 5.

Referuntur, & reprobantur variæ interpretationes ad d. l. ſi ſeruo, d. n. 3. cum ſeq.

Libertus, qui ad ingenuitatem proclamat, amittit ea omnia, quæ ex patroni domo quolibet titulo conſecutus fuerat. nu. 4.

Explicatur obiter l. 2. ad finẽ, ff. de cond. ſine cauſa. n. 6.

Vbi ſolutio fit autoritate iudicis, ceſſat condictio indebiti. nu. 7.

Conditio ſimpliciter, & ſecundum naturã impoſſibilis, indiſtinctè remouetur; & de rõne n. 8. cum ſeq.

Conditio ex euentu, vel ex ſuppoſitione impoſſibilis, quæ dicatur. nu. 9.

Conditio ex euentu, vel ſuppoſitione facta impoſſibilis, ſcienter appoſita vt impoſſibilis, omninò remouetur. nu. 10.

Explicatur l. ſi Mæuia, 45. ff. de hęred. inſtituend. ibid.

Explicatur l. 4. §. idem Iulianus, l. mulier, 20. ff. con dit. inſtit. nu. 11.

Conditio, quæ requirit cautionem interponendam adſcripta hæredi ſoli inſtituto, vt impoſſibilis reputata remouetur, ibidem.

Explicatur l. ab omnibus, 104. §. in teſtamento, ff. de legatis primo. nu. 12.

Conditio impoſſibilis ex proprio facto teſtatoris colligenda, remouetur, ibidem.

Explicatur l. cum tale, 72. § falſam conditionem, ff. de cond. & demonſtr. ibidem, contra Viglium.

Conditio falſa, vt impoſſibilis remouetur, & quomodo id intelligatur, ibidem.

Obiter explicatur l. cum ſecundo, 16. verſ. 1. ff. de iniuſto, rupto, contra Luſitanum Coſtam.

Conditio ex euentu facta impoſſibilis, & reputata à teſtatore poſſibilis, vitiat diſpoſitionem. quaſi ex nunc, quo cõſtat retro impoſſibilẽ factã eſſe. n. 14.

Latè, & eleganter explicatur l. multa, 6. §. ſi ſeruos, ff. de cond. & demonſtr. à n. 15.

Notatur I. c. Pomponius de infideli aliorum I. conſultorum allegatione. num. 16.

Cõditio inſtitutionis, ſi ſeruum ſuũ hæres manumiſerit, ſeruo mortuo nõ facit deficere inſtitutionẽ. n. 17.

Conditio, quæ deficiens non obeſt diſpoſitioni, antea defecta minus oberit. n. 18. & ob id tamquam impoſſibilis indiſtinctè remouetur, ibidem.

Eleganter explicatur l. qui dotem. 12. ff. de dote prælegata, à nu. 20.

Conditio teſtamentaria, quæ patientia teſtatoris facta eſt non implebilis, propter eiuſdem commodum, vel honorem, pro non ſcripta cenſetur. nu. 21.

CAPVT XV.

Vtrum conditio impoſſibilis reputata poſſibilis, vitietur vel vitiet diſpoſitionem teſtamentariam?

1 QVotidiana † iſta, & triuialis quæſtio, hucuſque non ſat diſcuſſa eſt, cum in iure ſit ſalebroſa, vt videre erit, & in illis tantum terminis proponitur, in quibus conditio non eſt ſimpliciter impoſſibilis: nemo enim tam craſſus eſt, ac ſupinus, vt poſſibile opinetur illud, cui natura ſimpliciter, & abſolutè impedimento eſt.

Et pro parte, quæ aſſerit dictam conditionem vitiari, adeſt primò generalitas text. in d. l. obtinuit, ff. de cond. & demonſtr. l. multa, 6. §. ſi ſeruus, infra, eodem tit. l. ab omnibus, 104. §. in teſtamẽto, ff. de leg. 1. tẽtauit Soc. in d. §. ſi ſeruos, ad finẽ: ſecurè tenuit Coſta, lib. 1. Select. ca. 9. inſignis præſul Sarm. lib. 2. Select. ca. 1. per tot inclinat Luſit. Caldas, in l. ſi curatorẽ, verbo, ſine curatore, n. 73. C. de in integ. reſt. min. & tandem pro eadem parte facit l. 4. §. idem Iulianus, l. mulier, 20. ff. de cond. inſt.

2 Contrarium † tñ, immò quod in terminis quæſt. propoſitę, cond. vitiet, ac corrumpat diſpoſitionem, tenuit cõis ſententia, vt agnoſcit Coſta, in cap. ſi pater, 1. p. verbo, in re certa, n. 8. de teſtam. in 6. quam tradit Bart. in d. §. in teſtam. n. 3. Cuman. in l. pater Seuer. §. condit. verba, ff. de cond. & demonſt. Tiraq. de priuil. piæ cauſę. priuil. 75. receptum dicit Gomez. 1. to. ca. 12. n. 75. Aretinus, & cõiter oẽs, in §. impoſſibilis, vbi Marcus Antonius, n. 4. inclinat, Vigl. n. 1. Inſt. de hæred. inſtit. Couar. iuris prudentiſſimus antiſtes, de ſponſ. 2. parte, cap. 3. §. 2. n. 5. plures refert Caldas, vbi ſupra, d. n. 73. referuntq; iam citati. Quam etiam communẽ eſſe agnoſcit Sarmiento, vbi ſupra, ante nu. 1.

3 Pro † communi ſententia adeſt text. (cui ipſa maxime innititur) in l. ſeruo manumiſſo, ff. de cõd. indeb. vbi ita ſcribit Papin. *Seruo manumiſſo fideicommiſſum ita reliquit, ſi ad libertatem ex teſtamento peruenerit, is poſt acceptam ſine iudice pecuniam ingenuus pronunciatus eſt; indebiti fideicommiſſi repetitio erit*; Quibus verbis putat communis ſententia conditionem impoſſibilem, (qualis eſt, capere libertatem ex teſtamento, qui ingenuus erat) poſſibilem à teſtatore reputatam corrumpere diſpoſitionem.

Verum fragili fundamento ſtabilitur: nam textui in d. l. ſeruo manumiſſo, (vltra reſponſionem Coſtæ, vbi ſupra, in d. cap. 9. quam reprobat

probat Caldas, d.n.73. §.& Sarmiento, vbi ſupra, n. 29.) reſpondet idem Caldas, vbi proximè, quod propterea in illo competijt repetitio, quia erratum eſt in corpore, videlicet in qualitate corporali; fideicommiſſum enim reliquerat proprio liberto, non vero ingenuo quibus terminis diſpoſitio corruit, iuxta l. nec apud, 7. C. de hæred. inſtit. notatur in l. 4. per text. ibi, ſupra eodem tit. quibus iunge, quæ latè tradidimus ſub hoc lib. 1. cap. 6. n. 41.

Hęc tamen reſponſio, quæ ſuco non caret, apta non videtur: nam teſtator in terminis d.l. ſeruo manumiſſo, non tam errabat, quam volebat, vt is, quem teſtamento liberum eſſe iubebat, ipſius libertus eſſet: ad idque eum inuitabat conditionali illo fideicommiſſo: & ſatis innuit text. teſtatorem præſentire mentem ſerui teſtamēto manumiſſi, ad ingenuitatem proclamare volentis, dum inſolitam ei conditionem adiecit, ſi videlicet libertus Orcinus eſſe patiatur; quinimmo tex. videtur inſinuare adhuc viuo domino teſtatore motam liberalem cauſam, dum eo mortuo, dicit ingenuum pronunciatum eſſe: quaſi iam ante lis ordinata fuiſſet. Tandem ſecundum dictum intellectum non explicantur illa uerba, poſt acceptam ſine iudice pecuniam, &c.

4 Vnde aliter iam vulgo † reſpondetur à recētioribus, d. l. ſeruo manumiſſo; procedere ex autoritate cuiuſdam S. conſulti, & conſtitutionis, quæ refertur in l. de bonis, ff. de liberali cauſa, & l. hoc ſermone, verſ. 1. ff. ſi libertus ingenuus eſſe dicatur. elegans text. in l. 1. C. de ingenuis manumiſſis, vt ſcilicet ab eo liberto, qui ad ingenuitatem ploclamat, repetatur quidquid à domo patroni, quouis titulo conſecutus eſt: & ita primitus vnico verbo tetigit gloſ. vlt. in fine, in d. l. 1. C. de ingen. manumiſſ. & in alijs locis, quos referens ſequitur Sarmiento, d. cap. 1. n. 27. vbi exornat.

Ceterum, & hęc reſponſio eneruatur ex eo, quia ſi autoritate S. conſulti, vel cuiuſuis alterius conſtitutionis repetitio fieret, non condictio indebiti vt text. inquit in d. l. ſeruo manumiſſo, & Rubr. ſub qua collocatur, ſed condictio ex lege, S. ue conſulto competet, l. vnica, ff. de condict. ex lege, iuncta l. vnica, ff. vt ex legibus S. ve conſultis & §. ſeptima, Inſt. de bonorum poſſeſſ. vnde colligitur lapſus Sarmienti, d. nu. 27. propterea exiſtimantis in d. l. ſeruo manumiſſo, competijſſe condictionem indebiti, quia nulla ex d. S. c. actio prodita erat.

5 Aptius igitur † reſpōde, cōdictionē indebiti in terminis d. l. ſeruo manumiſſo, competere ad ſimilitudinem condictionis ex præfato S. c. nam text. in d. l. ſeruo, oſtendit fuiſſe fideicommiſſ. relictum ſub conditione, ſi ad libertatem ex teſt. (ſcilicet defuncti) peruenerit. Vnde neceſſariò dicendum eſt fideicommiſſ. ab hærede traditum ſeruo, ea lege accipienti, quod à teſt. manumiſſoris liber eſſe vult, & cōſequenter negotiu interceſſiſſe, ratione cuius cōdictio indebiti pòterat competere, non verò ex lege, S. ve c. quæ ſolum datur, quando ceſſat quçuis alia ordinaria actio, vel etiam quādò lege cautum non eſt, quo genere actionis experiūdum ſit, d. l. vnica, ff. de cōdict. ex lege, d. §. ſeptima.

6 Nec obſtat, † quod condictio indebiti non videatur poſſe competere quaſi non indebitū, ſed debitum tunc temporis datum eſt, argumēto l. 2. ad finē, ff. de condict. ſine cauſa, ibi: *Quia non indebitum dedit*; &c. quia reſpōdetur, quod in terminis, d. l. ſeruo manumiſſo, quādo libertus putatiuus accipit ſub conditione, quæ poſtea ipſius facto defecit, indebitum accipere à principio creditur, vt elegāter aduertit Sarm. d. cap. 1. n. 28. at d. l. 2. ad finē, procedit, quādo a principio ſimpliciter debitum accipitur, licet poſtea fortuito appareat ſine cauſa datum. Quinimmo, & ſi condictio indebiti detur in d. l. ſeruo manumiſſo, nihil etiam inconuenit concurrere poſſe condictionem ſine cauſa, iuxta l. 1. ff. de condict. ſine cauſa, iūcta gloſſa.

7 Quibus ſuppoſitis † iam intelliges, cur Papin. in d. l. ſeruo manumiſſo, dixit, ibi: *Is poſt acceptam ſine iudice pecuniam*; nam ſi ſolueretur ex iudicis tantum autoritate, (cum ceſſaret negotium) ceſſabat indebiti repetitio, l. ſi fideiuſſor conuentus, §. in omnibus, vbi notat gloſ. verbo, ceſſat, ff. mandati, l. 1. vbi gloſ. verbo, iudicati, plurima ſimilia congerit, C. de cond. indebiti. notat tandem gloſ. verbo, ſine iudice, in d. l. ſeruo, tuncq; locus eſſet condictioni ex d. S. c. de quo ſuprameminimus. Quia tamen in terminis, d. l. ſeruo manumiſſo, hæres ſine iudice preſtitit fideicommiſſum ea conditione accipienti, quæ à teſtatore appoſita fuit, cum iam negocium intercedat indebiti condictio de rigore locum ſortietur. Vnde apparet, in d. l. ſeruo manumiſſo, propterea conditionem, de qua ibi, peperiſſe repetitionem indebiti, quia ipſius occaſione verè negocium interceſſit inter hæredem, & fideicommiſſ. non verò, quod teſtator putaret, conditionem illam poſſibilem, quæ impoſſibilis foret: vel quod erraret in perſona fideicommiſſ. cum immò iuxta ſupra dicta, in terminis d. l. ſeruo, procliuior ſim, quod teſtator non ignorabat, ſed timebat liberti proclamationem ad ingenuitatem.

8 Quamquam autem † d. communis ſententia inualido innitatur fundamento, inficiari tñ non poſſumus, teſtatorem exiſtimantē poſſibilē eam conditionem, quę effecta eſt impoſſibilis, cum ſecundum naturam in ſe poſſibilis eſſet (de impoſſibilibus ſimpliciter non loquor qualis eſt illa, cui natura impedimēto eſt, v. g.

ſi digito cœlum tetigeris, hæc enim indiſtinctè remouetur: quia non eſt cōſiderabilis tã craſſa opinatio, vt exiſtimetur poſſibile illud, cui natura ſimpliciter reſiſtit) ita legaſſe, nō aliter legaturū. Nec cōmunis ratio, ob quã reijcimus impoſſibiles conditiones ab vltimis voluntatibus, (quod videlicet, nō ſerio, nec animo adimplendi, vt actus pereat, adſcribantur) militat in his terminis: nã conditiones ſecundū naturã poſſibiles (licet ex euentu, vel ſuppoſitione impoſſibiles exiſtant) quãdo adhuc poſſibiles exiſtimantur (vt ſecundū ſe fuerant) proculdubio animo adimplendi, & ſeriò apponuntur; nec aliud iuris cenſura conſtitui pōt: cū abſurdum non ſit, nec perperã cogitatū poſſibile, quod ſecundum naturam poſſibile eſt. Ergo ſicut conditio poſſibilis deficiens vitiat, & non vitiatur, ita hæc de qua loquimur, corrūpere debet diſpoſitionem, quamuis iam tempore teſtamenti ſit defecta, vt infra latius explicabimus.

9 Vt autem methodicè † procedamus, & iura, quæ obſtare videntur, in conſonantiã redigantur, diſtinguendū eſt, inter conditiones ſimpliciter, & ſecundū naturã impoſſibiles; & impoſſibiles ex ſuppoſitione, ſiue euentu; ex ſuppoſitione, v.g. quando quis dicit: *Si filia mea viuet*, quę nunquã extitit; Ex euentu, ſi dicat: *Si filia mea viuet*, quæ abſente patre teſtamēti tēpore deceſſerat, vt etiam tetigit Sarmien. d. lib. 2. Select. cap. 1. num. 1.

Conditiones impoſſibiles ſecundū naturã indiſtinctè remouentur, d. l. obtinuit, iuncta ratione, de qua ſupra; & ita eſt ibidē indubitabilis concluſio per oēs, & in §. impoſſibilis, Inſt. de hęred. inſtit. ſolumq; de ratione decidendi controuertitur, vt videre licet per Doctores in dictis locis. Vigl. in d. §. impoſſibilis, num. 1. & nouiſſimè, ac latiſſimè Hiſpanus Pichardo, ibidem.

10 Quod verò † attinet ad impoſſibiles ex ſuppoſitione, vel euentu ſubdiſtingue. Aut enim cognoſcūtur, vt impoſſibiles; aut vt poſſibiles reputantur; ſi vt impoſſibiles conſiderentur, ſine dubio reijciūtur, ex d. l. obtinuit: tūc enim militat ratio eadē, quæ in ſimpliciter, & ſecundū naturã impoſſibile verſatur, vt intuenti facilè patebit, & in hoc diſtinctionis membrū cadunt, tã eæ conditiones, quæ impoſſibiles reputãtur in opinione tantū teſtatoris, quã ēt iuris cenſura; in opinione tantū teſtatoris conſideratur, vt impoſſibilis conditio, v.g. *Si Fuluia filia mea viuet*; quando cōſtat teſtatorem nunquam filiam habuiſſe; & ita ſcienter apponit conditionē ex ſuppoſitione impoſsibilē, vt impoſsibilē, quæ vt talis remouenda eſt, in ſpecie. l. ſi Mæuia, 45. ff. de hæred. inſtit. dū habet: *Si Męuia mater mea, & Fuluia filia mea viuent, tū mihi Lucius Titius hæres eſto. Seruius reſpondit, ſi teſtator filiã nunquã habuerit, mater autē ſuperuixiſſet: tamen Titiū hæredē fore, quia id quod in teſtamēto ſcriptū eſſet, nullam vim haberet*; vbi noto, quod quãdo teſtator meminit filię nomine proprio, intereſt, ne vllã filiã habuerit, quia ſi aliquã habuiſſet, forſan pręſumeretur deceptus in nomine proprio, quod non obeſt, l. 4. ff. de legatis 1. & ideo text. in d. l. ſi Mæuia, cautè ſubiecit: *Si teſtator filium nunquam habuerit.*

11 Item † conditio, *ſi ſeruum non alienauerit, ſi dotem non petierit, vel exegerit*, aut ſimiles, quæ in non faciendo conſiſtunt, (quæ ob id cautionē Mucianã requirunt, l. Mucianæ, 7. ff. de cōdit. & demonſtr.) ſi adſcribantur hæredi ſoli inſtituto, tanquam impoſſibiles, & iuris cenſura reputatæ per teſtatorem impoſsibiles, remouentur: quia ſciuit, vel ſcire debuit, impoſsibile eſſe, vnum ſolum hæredem inſtitutum cauturum, cum non ſit cohæres, cui cauere poſſet; & ita procedet l. 4. §. idem Iulianus, ff. de condit. inſtit. ibi: *Ceterum ſi ſolus hæres ſcriptus ſit, ſub impoſſibili conditione hęredem inſtitutū uideri*, &c. l. mulier, 20. infra eodem tit. ibi: *Quod ſi ſolus hæres inſtitutus eſſet in tali conditione, nihilominus puto, ſtatim eum hæredem futurum, quia ἀδύνατος conditio* (id eſt, extra poteſtatem poſita, ſcilicet impoſſibilis) *pro non ſcripta accipienda eſt*; &c.

12 Item † in opinione teſtatoris, & ex iuris cenſura, conditio ex ſuppoſitione impoſsibilis, vt impoſsibilis exiſtimatur, quãdo quis legat ſub hac conditione: *Si tabulas, quibus pecuniã expromiſerã, dederit, vel* ſimilē, quæ à facto teſtatoris procedere debebat: nã vel verè impoſsibilis reputatur à teſtatore, cū ſciat ſe tabulas nunquã tradidiſſe: vel interpretatiuè, ex diſpoſitione iuris, quia nemo præſumitur facti ſui ignarus; & ita procedit l. ab oībus, 104. §. in teſt. ff. de legatis, 1. ibi: *Si teſtamēti faciēdi tēpore tabulæ nullę fuerunt, una ratione dici pōt, legatū Titio deberi, qđ ἀδύνατος conditio pro non ſcripta habetur.* l. cū tale, 72. falſam cōditionē, ff. de cōd. & demōſtr. ibi: *Falſam conditionē Caſſius, & Cælius Sabinus impoſſibilē eſſe dixerunt; ueluti ſi Pãphilus, ſi quod Titio debeo ſoluerit, liber eſto: ſi modo nihil Titio ſuit debitū*, &c. vbi Papinianus ex ſententia Caſſij, & Sabini aſſerit, eas conditiones, quas teſtatores ſcientes, vel ſcire debentes, adimpleri non poſſe, apponunt, remouēdas fore tanquã impoſsibiles, & ob id falſa cōditio reijcitur; falſa ēt dicitur, quã teſtator ſcit, vel exiſtimat impleri non poſſe; in eo enim falſitas verſatur: alioquin, quod teſtator putat poſsibile, falſum dici nequit; ſicut nō dicitur falſū teſtimoniū, qđ quis vt verū ſecundū ſuã opinionē protulit. & ita intelligitur l. cum in ſecundo, 16. verſ. 1. ff. de iniuſto rupt. quia deceptus, putauit Luſitanus Coſta. li. 2. Select. cap. 11. poſt princip.

condi-

Digitized by Google

conditiones in præſens, vel in præteritum conceptas, ſi falſæ ſunt, vitiare, nō vitiari, quod generale dictum confunditur ex præmiſſis: niſi teſtator ignoret. Vnde in his conditionibus, ex ſuppoſitione, vel euentu impoſſibilibus regula ſtatuenda eſt, tunc reijci, quando falſæ ſunt, hoc eſt, quando ſcienter apponuntur, vt impoſſibiles, iuxta mentem Caſſij, & Sabini, & Papiniani, in d. §. falſam conditionem; quidquid aliter, nec benè explicet Vigl. in d. §. impoſſibilis, nu. vlt. Inſt. de hæredibus inſtit. putat enim conditionem falſam illam demū, quæ nec eſt, nec poteſt eſſe vera; quod eſt manifeſtè contra d. §. falſam conditionem, vbi vocat conditionem falſam, quæ poteſt eſſe vera (licet vt falſa apponatur) vt patet ibi: *Pamphilus, ſi quod Titio debeo, ſoluerit*, &c. poſſibile enim erat teſtatorem Titio debere: & tamen ſubiungit text. tamquam impoſſibiles remouendas: quinimmo, ſi uera eſſe non poſſet, ſimpliciter impoſſibilis dicenda eſſet, non vero falſa, ergo, &c. aliter etiam, nec ineleganter interpretatur Sarm. d. cap. 1. nu. 15. præfatum §. in teſtamento, licet ipſius explicatio magis ſuadeat conditionem de qua ibi, ex mente defuncti cenſeri impletam, quam pro non ſcripta habendam.

13 Quod vero † attinet ad conditiones ex euentu factas impoſſibiles, reſolue, quod ſi quidem poſſibiles reputentur à teſtatore, id, quod relictum eſt, tollunt iuxta communem ſententiā, de qua ſupra, v.g. ſi quis dicat: *Lego Titio, ſi talis nauis ex Aſia venerit*; quæ quidem iam tempore teſtamenti ignorante teſtatore naufragium fecerat: nam hæc conditio in his terminis, non vt impoſſibilis vitiatur, ſed quaſi deficiens vitiat: tum propter ceſſantem rationē d. §. falſam conditionem, vt ſupra enucleauimus: non enim tunc falſa conditio eſt, quia ignorante teſtatore, & vt poſſibilis apponitur: tum etiam, propter ceſſantem rationem d. l. obtinuit, iunctis ijs, quæ ſupra pro communi reſoluimus. Et hanc reſolutionem probat citata l. ſi Mæuia, 45. ff. de cond. inſtit. ibi: *Si teſtator filium nunquam habuerit*, &c. vbi ad effectum, vt I. c. remoueat conditionem ex ſuppoſitione impoſſibilem, eam reducit ad terminos, in quibus nequaquam poſſibilis, ſed omninò impoſſibilis ab ipſo etiam teſtatore exiſtimetur: quaſi ſi poſſibilis in ſe eſſet, (quia ſcilicet teſtator filiam antea haberet (quamuis poſtea tempore teſtamenti, patre inſcio deceſſiſſet, nequaquam remoueretur tamquam impoſſibilis; quinimmo diſpoſitionem euerteret.

14 Interim aduerte † diſpoſitionem (cui adijciatur conditio ex euentu facta impoſſibilis, vt poſſibilis) non haberi pro infecta, ſicut in conditione de præſenti, vel præterito, quæ ſi apparet defecta, conſequenter diſpoſitio pro infecta habetur, l. illa inſtitutio, 10. §. vlt. ff. de cond. inſtit. Vigl. in §. impoſſibilis, nu. 8. Inſt. de hæred. inſtit. & eſt vulgare: ſed potius corruit, ac deficit diſpoſitio, cum conditio in futurum cōcipiatur, v. g. ſi nauis ex Aſia venerit; quaſi opinatio teſtatoris conditionem iam defectam tempore teſtamenti, vt pendentem, interim dum de naufragio non conſtat, ſuſtineat: ita vt eo tempore, quo retro naufraga apparet, quaſi nunc deficiens cenſeatur; & ita ex iuris interpretatione ſuccedit regula l. cum tale, 72. §. falſam conditionem, ff. de cond. & demonſtr. ibi: *quod ſi poſt teſtamentum factum teſtator pecuniā exoluit, defeciſſe conditionem intelligi.*

15 Verum huic † ſic explicatæ reſolutioni in confirmationem communis ſententiæ, obſtat maximè Pomp. in l. multa, 6. §. ſi ſeruos certos, ff. de cond. & demonſtr. dum inquit. *Si ſeruos certos quis manumiſſet, hæres eſſe iuſſus erat, quibuſdam ex his ante mortuis, Neratius reſpondit, defici eum conditione; nec æſtimabat parere poſſet conditioni, nec ne. Sed Seruius reſpondit, cum ita eſſet ſcriptum, ſi filia, & mater mea viuet, altera iam mortua, non defici conditione. Idem eſt apud Labeonem ſcriptum. Sabinus quoque, & Caſſius, quaſi impoſſibiles eas conditiones in teſtamento poſitas pro non ſcriptis eſſe. Quæ ſententia admittenda eſt.* Ex quibus verbis principaliter colligitur, quod impoſſibilis conditio ex euentu facta, & per teſtatorem reputata poſſibilis, pro non ſcripta habetur, & pura manet inſtitutio, contra ſupradicta.

Pro ſolutione aduerte, in ſpecie d. §. ſi ſeruos, quæſtionem fuiſſe controuerſam, vt ex auctoritatum conflictu apparet: nam relatus Neratius (motus forſan rationibus communis ſententiæ, de qua ſupra) reſpondebat, diſpoſitionem, non vero conditionem vitiari. In contrarium tamen adducit Pomponius argumentum Seruij, Labeonis, Sabini, ac Caſſij, atque ita decidit (quæ ſententia recipitur) dictam conditionem pro nō ſcripta haberi, quaſi impoſſibilem: cum tamen conſtet teſtatorem eam, vt poſſibilem adiecciſſe, in quo conſiſtit obiectionis vis.

16 Aduerte † deinde, Pomp. in d. §. ſi ſeruos, male retuliſſe Seruium in exemplo allato, ſcilicet: *Si filia, & matér mea viuent, altera iam mortua*, cū Seruius teſte Alpheno, in l. ſi Mæuia, 45. ff. de hæred. inſtit. (vt ſupra probauimus) id reſoluat, ſi teſtator nunquam filiam habuerit, non verò ſi iam deceſſiſſet, quam habuit, vt patet ibi: *Si teſtator nunquam filiam habuerit*; &c. Male etiam retuliſſe opinionem Sabini, & Caſſij, qui quidem tunc reſoluunt conditiones ex euentu, vel ſuppoſitione impoſſibiles, vt impoſſibiles reijci, quando falſæ ſunt, vt ex cōſ

ſententiam referens ſequitur I. conſultiſſimus Papin. in d. l. cum tale,72.§. falſam conditionem,ff. de cond. & demonſt. hoc eſt, vt ſupra interpretati ſumus, quando ſcienter, vt impoſſibiles adſcribuntur. At in terminis d.§. ſi ſeruos, conditio quidem non impoſſibilis (aliàs enim de plano, & citra omnem dubitationem quæſtio procedet) ſed poſſibilis † exiſtimabatur à teſtatore; & conſequenter vera dicẽda erat, & non falſa: cum teſtator non contra mentem, ſed ſecundum mentem eat; & ita ceſſat formalis ratio falſitatis, in qua conſiſtebat deciſio d. §. ſi falſam conditionem.

17 Aduerte † tandem, conditionem d. §. ſi ſeruos, quamuis non eſſet defecta tempore teſtamenti, ſed potius poſtea deficeret, non proinde eneruaret diſpoſitionem; quinimmo pro impleta haberetur, iuxta l. quæ ſub conditione,8.§. mortuo,ff. de condit. inſtit. ibi: *Mortuo autem, vel manumiſſo Stichro viuo teſtatore, qui ita hæres inſtitutus eſt, ſi iuraſſet ſe Stichum manumiſſurum, non videbitur defectus conditione; quamuis verum ſit, compellendum eum, manumittere, ſi viueret*; &c. & in verſ. ſequenti.

18 Quibus † ſuppoſitis, reſolue, conditionem, ſi ſeruos ſuos hæres manumiſerit, qui iam mortui erant tempore teſtamenti, ſpeciali quadã ratione remoueri (ſalua manente diſpoſitione) ſiue exiſtimetur poſſibilis, ſiue non: nam ſi conditio, quæ poſt teſtamentum deficit, magis diſpoſitionem deſtruit, quam quæ iam defecta erat tempore teſtamenti, vt probat text. in l. cum tale,72.§. falſam conditionem, ff. de cond. & demonſtr. è conuerſo conditio, quæ deficiens poſt teſtamentum non obeſt diſpoſitioni, minus oberit defecta ante tempus teſtamenti, vt eleganter argumentatur Papin. in d.l. cum tale, §. ſi arbitrata, verſ. ſed ſi Titius. Conſtat autem conditionem, ſi ſeruum certũ manumiſerit, deficientem, poſt teſtamentum pro impleta haberi, vel ſaltem non obeſſe, d. l. quæ ſub conditione, §. mortuo, ergo ante teſtamentum defecta minus oberit. Accedit, quia opinio teſtatoris exiſtimantis conditionẽ poſſibilem, quæ ex euentu facta eſt impoſſibilis, diſpoſitionem ex interpretatione iuris ſuſpendit, ac ſi à parte rei penderet conditio, vt ſupra notauimus: & conſtito poſtea eam retro fuiſſe defectam, perinde eſt, ac ſi nunc deficeret; ea autem nunc deficiens, non obeſt, d. §. mortuo, ergo antea defecta minus oberit. Vnde, cum conditio in dictis terminis non poſſet haberi pro impleta, quia iam ante factum teſtamentum defecta erat, hoc eſt, non poterat adimpleri; merito pro non ſcripta haberi dicit Pomp. in d. §. ſi ſeruos, ſic ampliata d. l. obtinuit; & ita regula deducatur, quod in conditionibus, quæ poſt factum teſtamentum deficientes nõ deſtruunt diſpoſitionem, antea defectæ, vt impoſſibiles remoueantur, ſiue a teſtatore exiſtimentur poſſibiles, ſiue impoſſibiles, ex ſupra dicta ratione.

19 Illud autem † ſcrupuli manet in d. §. ſi ſeruos, quod Pomp. ad prædictam ſententiam primò adducit autoritatem Seruij, opinantis, in conditione, ſi filia & mater mea viuent, altera iam mortua, hæredem ſub ea ſcriptum non defici conditione: immò validam manere inſtitutionem, cum tamen in hoc caſu, licet conditio eſſet ex euentu impoſſibilis, tamen poſſibilis reputabatur per teſtatorem (id enim neceſſariò ſupponitur, aliàs non congrueret quæſtioni propoſitæ) & conſequenter non vitiari, ſed potius vitiare inſtitutionem debebat, iuxta ſuprapoſitam communem reſolutionem.

Hoc tamen non obſtante, ſtare debet dicta communis ſententia, quæ iuris principijs, & menti teſtatoris congruit: & pro ſolutione difficultatis; vltra quam quod a Pomponio fideliter non referatur ſententia Seruij, quem ſupra oſtendimus ſolum loqui, non quando filia mortua erat tempore teſtamenti, ſed quando non nata, vt ita reſtrictiuè loqui Seruium teſtatur Alphenus, in d. l. ſi Mæuia,45. ff. de hæred. inſtit. Reſponde Pomp. in d. §. ſi ſeruos, contra Neratij ſententiam attuliſſe in argumentum quandam I. c. Seruij opinionem: & poſtea contra eundem Neratium ſubieciſſe aliam opinionem, & rationem I. c. Caſſij, & Sabini, quam admittendam dicit: idem tamen non dicit de prædicta opinione Seruij, quam etiam attulerat; vnde apparet, dictam opinionem Seruij, adductam quidem fuiſſe, non quaſi probatam à Pompon. in ſpecie, in qua profertur, propter iuris dicta principia, quibus refragatur: ſed propter autoritatem dumtaxat Seruij, ita vt autoritatem Neratij autoritate Seruij frangeret, quod multoties fieri ſolet. Ratio autem, ob quam principaliter mouetur Pomp. eſt illa, quam ex Caſſio, & Sabino in fine adducit, & probat, vt ſcilicet prædicta cõditio tanquam impoſſibilis, pro non ſcripta habeatur; & quamuis iuxta ſupradicta, Pomp. non etiam fideliter retulerit opinionem Caſſij, & Sabini, in effectu tamẽ ex eodem capite ſuſtinetur diſpoſitio, conditione tanquam impoſſibili pro non ſcripta habita, vt ſupra non inſubtiliter comprobauimus.

20 Deniq; † eidem communi reſolutioni (quã ſequimur) obſtat Scæuola in l. qui dotem, 12. ff. de dote prælegata, ibi: *Seia vxori meæ, ſi omnes res, quæ tabulis dotalibus continentur, hæredi meo exhibuerit, & tradiderit, ſummam dotis, quam mihi pro ea pater eius intulit, dari volo; hoc amplius, denarios decem. Quæſitum eſt,*

cum

cum res in dotem data plures ipſo vſu finita eſſent, nec moriente marito fuerant, an quaſi ſub impoſſibili conditione legatum datum debeatur. Reſpondi, videri conditioni paritum, ſi quod ex rebus, in dotem datis ſupererat, in poteſtatem hæredis peruenit. Ex quibus verbis colligitur, quod conditio facta ex euentu impoſſibilis, à teſtatore tamen reputata poſſibilis, vt in ſe erat, ſcilicet, ſi omnes res, quæ tabulis dotalibus contineantur, hæredi meo exhibuerit, non obeſt diſpoſitioni, immo ipſa conditio vitiatur.

Verum ſatisfit primò, quia vel teſtator iam tempore teſtamenti ſciebat aliquot ex dictis rebus conſumptas eſſe, & conſequenter, conditio tamquam ſcienter impoſſibilis remouetur; vel probabiliter exiſtimabat, conſumi poſſe, quamuis interim conſumptæ non eſſent, cũ ſint ex eorum numero, quæ vſu conſumuntur: quo caſu, quaſi ex coniecturali ſuppoſitione teſtator ſcire debebat, ſe appoſuiſſe conditionẽ impoſſibilem, & conſequenter reijciendam.

21 Aut tandem † melius reſponde, quod ſi res adhuc tempore teſtamenti omnes extarent, conditio omnes tradendi non viciatur, quaſi impoſſibilis, ſi viuo marito aliquot ex ijs vſu ſint conſumptæ, (id enim Scæuola, licet ponat, & exprimat, non tamen ſequitur: non enim dicit conditionem pro non ſcripta habẽdam, iuxta l. obtinuit, ff. de cond. & demõſtr. ſed conditioni paritum videri; quod non ſupponit remotionem conditionis, ſed potius legale eiuſdem implementum) verum ex eo remouetur, quia cum prędictas res vxor in poteſtate viri conſumpſiſſet, vt patet ibi: *Plures ipſo vſu finitæ eſſent, nec moriente marito fuerant;* &c. dum illas maritus conſumi paſſus eſt, conditionem tacitè mitigaſſe videtur; ita, vt maneret implenda in ijs omnibus dumtaxat, quæ eo moriente manerent; & ob id Scæuola acutiſſimè dixit, conditioni paritum videri; quaſi prædicta conditio in traditione eius, quod ſupererat ex rebus in dotem datis conſtitiſſet, non verò ex capite impoſſibilitatis: quia vltra dictam rationem, cum tempore teſtamenti conditio poſſibilis eſſet, poſtea deficiens debebat omninò obeſſe, non verò vt impoſſibilis remoueri, l. cum tale, 72. §. falſam conditionem, ff. de cond. & demonſtr. ibi: *Si poſt teſtamentum factam*, &c.

22 Vnde † obiter colliges Cõcluſionem, quod in teſtamentarijs diſpoſitionibus conditionalibus, ſi teſtator paſſus fuerit in ipſius commodum, vel honorem conditionem impediri, vel minui, videri illi paritum, ad effectum, vt legatarius commodum conſequatur.

23 Deinde † colliges, quod ſi aliquot ex dictis rebus non viuo teſtatore, ſed poſt mortem illius conſumantur, & ita impleri nequeat conditio, vt teſtator iuſſit; ſine dubio vxor deficeretur conditione, & conſequenter, legatum conſequi nequibit, iuxta d. §. falſam conditionem, ad finem, & ſatis innuit d. l. qui dotem, ibi: *Nec moriente marito fuerant;* &c. & ibi: *Si quod ex rebus in dotem datis ſupererat.* &c. ſcilicet poſt mortem viri, id enim omne tradendum erat, vt appoſita conditio impleretur, iuxta ſupradicta.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & concordia l. Paulus reſpondit, non ideo, 101. verſ. Paulus, & l. 1. ff. de ſolutionibus, à nu. 1. per totum.

Diuerſa cauſa eſt debitoris ſoluentis, & creditoris pignus diſtrahentis, quoad conuerſionem pretij pignoratitij. ibidem.

De ratione diuerſitatis, nu. 2. vbi aſſignatur communis, & reprobatur.

Aſſignatur vera ratio. nu. 3.

In d. verſ. Paulus, requiritur traditio pignoris in manu creditoris: aliàs non procedet. nu. 5.

Poteſtas creditoris, qua pignore diſtracto poteſt conuertere pretium etiam in naturale debitum, exercetur inuito debitore, nu. 6. Sicut è conuerſo, debitor ſoluens, poteſt cauſam commemorare inuito creditore. ibidem.

Poteſtas creditoris pignus diſtrahentis iuxta d. verſ. Paulus, intelligitur, quando pignus eſt traditum pro debito ciuili dumtaxat nu. 7.

Pignus non poteſt retineri pro debito naturali, nec etiam pro alia cauſa, excepta chirographaria. nu. 8.

Latè agitur de intellectu l. ob triginta, 73. ff. de ſolution. à nu. 9.

Declaratur d. verſ. Paulus. quoad electionem ne procedat, quando eadem vtriuſque debiti cauſa ſubeſt. nu. 10.

Ampliatur d. l. 1. ff. de ſolution. vt aliquando procedat, etiam quando creditor pignus diſtrahit. ibidem.

Explicatur l. ſi quod, 5. ff. de compenſationibus, ibi: æquiſſimum eſt eligere, *&c. nu. 11.*

D. l. 1. verſ. quoties, & l. 4. ff. de ſolutionibus, quatenus ſimpliciter ſolutum intelligunt in duriorem cauſam; procedunt in dubio ex præſumptiua voluntate debitoris; vnde contraria præſumptione ceſſant. num. 14. verſ. vnde, cum numero ſeq.

D. l. ob triginta, ceſſat, ſi pignus daretur pro eadem debiti parte, pro qua fideiuſſor interceſſiſſet. num. 15.

An creditor pignus diſtrahens in terminis d. verſ. Paulus, poſſit conuertere totum pretium pignoratitium in naturale debitum? à num. 16. & reſoluitur, diuidendum in vtrumque pro virilibus: num. 17.

Obiter

Obiter explicatur l. in his, 5. §. Imperator, ff. de ſolutionibus. d. nu. 17. verſ. unde. cum, nu. ſeq. & nu. 21. & nu. 23.

Explicatur l. pupilli debitor, 96. §. cum eodem, ff. de ſolution. nu. 21. & 23.

Quando pignus ſubijcitur duabus obligationibus ſimul, pro modo cuiuſque ſit diuiſio pretij pignoratitij. ibidem. & num. ſeq. & de ratione. numero 23.

An d. §. cum eodem, uerſ. quod ſi temporibus, habeat locum in duplici debito, altero ciuili, & altero naturali? nu. 24. ubi diſtinguitur.

Quando quis pignus tradit pro debito ciuili, et poſtea pro debito naturali; Si non excedat quantitatem debiti ciuilis, ut aliqualiter conuertatur in naturale; uidebitur adiectum in fraudem obligationis naturalis, ut uidelicet prius omnino ſatisfiat debito ciuili. contra d. uerſ. Paulus, niſi creditor conſentiat. ibidem.

Pignus datum pro debito tantum naturali, (quamuis aliud datur ciuile) in naturale dumtaxat poteſt conuerti uolente creditore. nu. 25.

C A P V T XVI.

Conciliatio ad Iul. Paulum, in l. Paulus reſpondit, non ideo, 101. verſ. Paulus, & Vlpianum in l. 1. ff. de ſolutionibus.

1 SCribit † Paulus. *Cum autem creditor pignus diſtraheret, licere ei pretium inde acceptum referre, etiã in eam quantitatem, quæ natura tantum deberetur: & ideo deducto eo, debitum peti poſſe.*

Contra ſtat generalis doctrina Vlpiani, in d. l. 1. ibi: *Quoties quis debitor ex pluribus cauſis unum debitum ſoluit, in arbitrio ſoluentis eſt dicere, quod potius debitum uoluerit ſolutum; & quod dixerit, id erit ſolutum: poſſumus enim certam legem dicere ei, quod ſoluimus.*

Ex qua deciſione videbatur inferendum, pecuniam redactam ex venditione pignori per creditorem facta, pro arbitrio tantum debitoris conuertendam in quod debitum voluiſſet.

Differentiam equidem conſtituit I. conſultus inter vtrumque caſum, in d. verſ. Paulus, ibi: *Paulus reſpondit, aliam cauſam eſſe debitoris ſoluentis: aliam creditoris pignus diſtrahentis.* &c. vbi electio tunc debitori competit, quando ſoluit; & creditori, cum pignus diſtrahit.

2 Ratio † autem differentiæ in obſcuro eſt. Ioãnes Imola, in d. l. 1. nu. 7. & in d. verſ. Paulus, totum refert ad moram ſiue negligentiam, aut diligentiam debitoris, videlicet, quòd ſi ſoluat, vtpote diligens, poſſit eligere cauſam, in quam conuertat ſolutionem: ſi verò patiatur pignus diſtrahi, vt negligens, pati etiam debet, vt conuertatur in cauſam, quam maluerit creditor.

Verum hæc ratio nec bona, nec perpetua eſt: nam nec ſemper diligentia in ſolutione numorum conſiſtit, cum ſæpè moroſus, & interpellatus ſoluere in pecunia poſſit. At è contra, in diſtractione poteſt ceſſare debitoris culpoſa negligentia, ſi videlicet, aliundè ſoluere nequeat, & ita neceſſitate adſtringatur; quæ illi amplius damnoſa eſſe non debet, quã in ſui pignoris diſtractionem, & tandem text. in d. verſ. Paulus, non ad punitionem negligentiæ debitoris, ſed ad iuris principia recurrere videtur.

3 Vnde pro † ratione eruẽda, cur ſcilicet, alia cauſa ſit debitoris ſoluentis, alia creditoris pignus diſtrahentis, aduerte, quod tametſi creditore pignus vendente, & pretium recipiente, debitor ipſe, qui pignus tradidit, vendere iuris cenſura, & pretium breui manu ad ipſum peruentum, ad creditorem iterum proficiſci credatur, attamen attenta veritate naturali, creditor in ſe recipit pretium nunquam factum debitoris: immò, in tali pretio redacto ex venditione pignoris, ſecundum aliam conſiderationem, manet debitor, qui antea creditor erat; Vnde, vel ex regula d. l. 1. creditor, quaſi debitor, ſibi ſoluens, eligere poteſt cauſam, quam maluerit: vel ex compenſatione, quæ mutua eſt debiti, & crediti contributio, l. 1. ff. de compenſat. poteſt conuertere pecuniam ex pignore redactam, etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debetur: cum pro debito etiam naturali compenſatio fieri poſſit, l. etiam, ff. de compenſat. Nec obſtabit l. ſi quid, 5. ff. de compenſat. inferius enim ſatisfacies. An autem creditor tunc poſſit totũ diſtracti pignoris pretium conuertere in debitum tantum naturale, infra quoque diſcutiemus.

4 Ex qua † vera diſcriminis ratione inter debitorem ſoluentem, & creditorem pignus diſtrahentem, colligitur Primò ratio dubitandi ad d. verſ. *Paulus*: nam ex fictione, ſecundum quam pecunia ex venditione pignoris proueniens cenſebatur breuis manus fictione à debitore (Cuius pignus diſtrahebatur) ad creditorem proficiſci, ac per conſequens, ſicut debitor ſoluens poterat cõmemorare cauſam, in quam ſoluit, ita etiam pignus tradens (quod poſtea diſtraheretur) videbatur poſſe exprimere

mere

mere cauſam, in quam pretium referat. Verum cum fictio non debeat admitti contra æquitatem, l. poſtliminium, 19. ff. de captiuis, & poſtlimin. reuerſ. notant Doctores in l. ſi is, qui pro emptore, ff. de vſucapionibus, & maxima iniquitas orirerur, ſi contra naturalẽ obligationem veritas adumbretur, ſecundum quam per compenſationem eidem obligationi ſatisfit: merito attenditur id tantum, quod a parte rei accidit, videlicet, creditorem diſtrahentem pignus, ratione collecti pretij debitorem manere, & compenſationi locum futurum: & ita aliam eſſe cauſam debitoris ſoluentis, aliam creditoris pignus diſtrahentis.

5 Colligitur † Secundò ex d. verſ. Paulus, pignus fuiſſe traditum creditori: nam aliàs, ſi penes debitorem maneret, vt fieri poterat, iuxta l. 1. ff. de pignorat. act. ipſe debitor diſtraheret, & ex pretio ſolueret, quo caſu nihil intererat, an ſolueret ex pecunia, quam habuerat citra venditionem pignoris, an ex ea, quã ex diſtractione pignoris redegerat: cum alteru tra verè perficiſcatur à manu debitoris: & ita ſtandum erat regulæ d. l. 1. ff. de ſolutionibus; manemus enim extra terminos d. verſ. Paulus, ibi: *Aliam creditoris pignus diſtrahentis*, &c. facit, quia iam ceſſaret ratio, ob quam, qui antea creditor erat, debitor maneret, ad effectum compenſationis, quæ debet eſſe debiti, & crediti contributio, iuxta ſupradicta: & hanc illationem iuuat communis ſententia, in d. verſ. Paulus, quæ putat pignus ibidem retineri potuiſſe pro debito naturali, in quo manifeſte ſupponit, traditum fuiſſe.

6 Colligitur † Tertiò, hanc conuerſionem, quam facit creditor, in quod debitum maluerit, recipi etiam inuito debitore: aliàs nihil ſpecialitatis induceret d. verſ. Paulus, & id manifeſtè probat l. cum & fortis, verſ. vlt. iuncta gloſ. 1. ff. de pignorat. act. ibi: *nec audiendus eſt debitor*; &c. Ex quo oritur quædam inter debitorem, & creditorem difformis conformitas: nam quemadmodum debitore ſoluente, ſi cauſam exprimat, in quam vult pecuniã referri, in eam duntaxat accipitur creditore etiam renitente, d. l. 1. ita etiam creditore pignus diſtrahente, in id debitum poteſt conuertere, quod maluerit, quamuis debitor reluctetur, d. verſ. Paulus, clarè tradit gloſ. verbo, in vſuras, in fine, in l. 1. C. de ſolutionibus.

7 Colligitur † Quartò, in d. verſ. Paulus, pignus traditum dumtaxat fuiſſe pro debito eiuili, vt innuit gloſ. 1. in d. l. cum & fortis, expreſſit Iacobus Butricarius, in l. 1. C. de ſolutionibus. Gloſ. tamen in d. verſ. Paulus, recedit ab hac interpretatione, dicitque pignus traditum fuiſſe pro vtroque debito. Sequitur hanc interpretationẽ Bart. in l. cũ ex pluribus, ff. de ſolution. veriorẽ dicit Ioãnes Imola, in d. l. 1. ff. de ſolutionibus. n. 7. & communem dicit in d. verſ. Paulus, vbi tandem opiniones concordat, vt videlicet tunc procedat prima opinio, quando pro debito naturali (pro quo pignus non eſt traditum) poterat retineri; quando verò pro debito naturali non poterat retineri pignus, pro ciuili aliàs traditum, tunc procedat ſecunda opinio.

Ego verò illationem veriorem eſſe indiſtinctè puto, videlicet, pretium redactum ex venditione pignoris poſſe conuerti etiam in eam quantitatem, quæ natura debebatur, quamuis pro ea pignus non eſſet datum, nec retineri poſſit. Et moueor ex eo, quia I. C. in d. verſ. Paulus, non recurrit ad aliquam conuentionẽ partium, ſed ad diuerſitatem iuris, quæ reſultat à poteſtate debitoris ſoluentis, vel à poteſtate creditoris pignus diſtrahentis: at ſi pignus pro debito etiam naturali, datum eſſet, non quidem tunc conuerſio in id procederet ex poteſtate creditoris, quatenus pignus diſtrahit, ſed ex conuentione debitoris, quatenus pro eo pignus obligauit.

8 Concordia † autem, quam niſus eſt inducere Ioannes Imola, caret omninò effectu: nec enim poteſt conſiderari debitum naturale (excepta cauſa vſurarum, ab eodem contractu, ſolo pacto prouenientium, in quo adhuc magna controuerſia eſt, vt per eos, quos latè refert idem Imola, in d. l. 1. nu. 8. & in l. in his, §. Imperator, ff. de ſolutionibus.) propter quod retentio pignoris fieri poſſit; nam huic concordiæ contradicit apertè text. in l. per retentionem, C. de vſuris, & præcipuè l. vnica, & ibi communis ſententia cum gloſ. 1. ad finem, C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri, &c. vbi traditur, excepta cauſa chirographariæ pecuniæ, propter aliam pignus retineri non poſſe, niſi ſpecialiter à lege id exprimatur. Iuribus autem, quæ obijci poſſunt, inferius ſatisfiet.

9 Colligitur † Quintò, Marcellum I. c. in l. ob triginta, 73. ad finem, ff. de ſolutionibus, ibi: *Magis tamen exiſtimo licuiſſe creditori, in id, quod ſolus debebat reus, accepto referre*; &c. non reſpicere deciſionẽ I. c. in d. verſ. Paulus, quaſi propterea ibi poſſit creditor pecuniam ex venditione pignoris reſultantem conuertere in decem, quę ſine ſatiſdatione debebantur: quia alia eſſet cauſa debitoris ſoluẽtis, alia creditoris pignus diſtrahentis. Immò, putò id licuiſſe creditori; quia expreſsè, vel tacitè conuentum erat inter contrahentes, vt ſentit gloſ. ibidem, verbo, accepto, præſertim, cum Marcellus exprimat, potuiſſe debitorem efficere, vt pretium in id tantum referretur, quod ſatiſdato debebatur, vt patet ibi: *Quia hoc dicendo*,

do,potuit hoc efficere debitor; &c. At in d. verſ. Paulus, voluntas debitoris nihil operatur, vt ſupra diximus.

10. Vnde † notabiliter reſoluerem, nullam eſſe tunc conſtituendam differentiam inter debitorem ſoluentem, & creditorem pignus diſtrahentem, quando eadem vtriuſque debiti cauſa ſubeſt, hoc eſt, ciuilis. Et ita declarandum d. verſ. Paulus, & ampliandam d.l.1.ff. de ſolutionibus, vt quemadmodum debitor ſoluens pōt cōmemorare cauſam, in quā ſoluit, d.l.1. in principio, ita & creditor pignus diſtrahens referre pretium in cauſam à debitore expreſsā (dummodo, quæ reſtat, ciuilis etiam ſit) iuxta l.ſi pupilli, 96.§. cum eodem, ad finem, ff. de ſolutionibus, & quemadmodum debitor in eam quantitatem ſoluere cēſetur, quæ ſatisdato debetur, d.l.1.& l.4.ff. de ſolutionibus, ita & ſi quis pro debito ciuili, in quo ſatisdatio, ſiue fideiuſſio interceſſerat, pignus tradat, & ſimul alio debito ciuili adſtringatur, non poterit creditor pignus vendens pretium referre in id, quod ſine ſatisdatione, ſed in id, quod ſatisdato debetur, iuxta d.l.1.& d.l.4. Ratio eſt; quia cùm in hoc caſu par vtriuſque debiti conditio ſit, & vtrobique actio, ceſſat tunc ratio æquitatis, ob quam fictio breuis manus ſimpliciter non admittitur in noſtro verſ. Paulus, & in dictis terminis venit admittenda ſecundum principia iuris in materia ſolutionum.

11. Nec obſtat † huic declarationi l. ſi quod, 5.ff. de compenſat. ibi: *Aequiſſimum eſt, eligere*; &c. vbi ad compenſationem indiſtinctè videtur debitori competere electio, in quam, videlicet cauſam velit compenſare, cum ipſi ab actore deberetur; & itidem à reo, pro quo fideiuſſerat. Verum reſpondetur, hic cauſam eſſe ęqualem, videlicet, ciuilem, & vltra terminos, in quibus loquimur, & in quibus in arbitrio eſt accipientis, cui potius debito acceptū ferat, iuxta d.l.1. verſ. quoties, ff. de ſolutionibus. Inſuper non ſumus in cauſa creditoris pignus diſtrahentis, vel debitoris ſoluentis, iuxta d. verſ. Paulus, ſed quando compenſatio fit ex debito aliunde contracto. v. g. quod creditor accepiſſet pecuniam ſui debitoris, & poſtea de compenſatione ageretur.

12. Præterea † ad intellectum d.l. ob triginta, amplius aduerto, illius deciſionem maximè iuuari, & pendere ex l. pupilli debitor, 96.§. cum eodem, ad finem, ff. de ſolution. vbi facto argumento de duplici obligatione ciuili, (de qua ibidem agebatur, vt patet ibi: *duobus contractibus*; &c.) ad vnam, eandemque obligationem partim ſub fideiuſſore, partim ſub pignore reboratam: conſtat, quod ſicut datum pignus prius pro vnā, & poſtea pro alia obligatione, prior illa obligatio antea debet omninò ſolui, quam in hanc poſteriorem conuertatur: ita pignus datum pro certa parte debiti, illius partē prius debet exonerare, quā in aliam iure compenſationis conuertatur, pro qua, non pignus, ſed fideiuſſor datus erat; immo, & ſi nullus fideiuſſor extitiſſet.

13. Ceterum † huic intellectui d. l. ob triginta, obſtare videntur verba vltima, ibi: *Exiſtimo licuiſſe creditori*; &c. vbi I.c. magis videtur reſpicere ad ius creditoris pignus diſtrahentis, iuxta d. verſ. Paulus, quam ad conuentionem debitoris pro illis tantum decem pignus tradētis. Sed reſpondetur, quod cum ſuppoſita ampliatione ad d.l.1.& d.l.4.ff de ſolution. debitore pignus dante, pretium ex eius diſtractione redactum in eam quantitatem debeat conuerti, quæ ſatisdato potius debetur, quam quæ ſine ſatisdatione (quando vtraque obligatio erat æqualis) oriebatur dubium in præſenti, an creditor pignus diſtrahens potuiſſet pretiū referre in eam debiti partem, qua ſolus ſine ſatisdatione tenebatur: an verò in eam, quam ſatisdato debeat, iuxta d. l. 1. & d.l.4.ff. de ſolution. & exprimit I. c. hic, in verſ. an ſicut ego. Cui obiectioni reſpondens I. c. inquit in d.l. ob triginta. id licere creditori, quia d.l.1. & l. 4. procedunt, quando aliud non colligitur ex aperta partium volūtate, vt euenit in d. l. ob triginta, vbi pignus datum eſt pro ea parte, qua ſolus tenebatur debitor, vt patet ibi: *Et pignus in decem*; &c. quæ verba oſtendunt partium conuentionem ſaltem tacitam.

14. Sed adhuc † huic interpretationi (vltra quā quod obſtet, quod non videtur dubitabile tanto I.c. vt d. l. 1. verſ. quoties, & d. l. 4. quæ in fauorem debitoris ſoluentis diſponunt; ex voluntate eiuſdem debitoris non ceſſent, iuxta regulam l. penult. C. de pactis) obſtant etiam verba illa, in d.l. ob triginta, ibi: *Vt vbi non dixit, id potius ſolutum exiſtimetur, quod ſatisdato debeatur; magis tamen exiſtimo*; &c. quæ verba videntur innuere, non eſſe expreſſum a partibus, in quam debiti partem debeat pignoris pretium referri: cum ſi id expreſſiſſent, talis conuentio ſpecificè ſeruaretur.

Vnde aptius reſponde, quod licet in hoc caſu non ſtemus deciſioni d. verſ. Paulus, ſed generalibus iuris regulis in materia ſolutionum, nihilominus tamen, adhuc in dubio, in terminis d. l. ob triginta, pretium potius refertur in id, quod ſolus debebat reus, quam in id, quod ſatisdato: quia ſcilicet, quando dicimus in dubio conuertendam eſſe ſolutionem in id, quod ſatisdatò debebatur, d.l.1. verſ. quoties, d.l.4. ff. de ſolution. id intelligitur, quia præſumitur ſoluentem in id contuliſſe, quod ſatisdato debebat, vtpote oneroſius, & durius, l. in his, 5. ff. de ſolutionibus. At in terminis d.l. ob triginta,

ta,

ta, (æquiparata cauſa debitoris ſoluentis, & creditoris pignus diſtrahentis) ceſſat hæc præſumptio voluntatis ex altera, quæ oritur ex datione pignoris, quæ videtur referri ad partem debiti, pro qua fideiuſſor non interceſſit, ne videatur pro vna, eademque debiti parte, & fideiuſſorem, & pignus dare, & pro altera eiuſdem debiti parte, nullam ſecuritatem interponere. Vnde patet, quod cum d. l. 1. verſ. quoties, & d. l. 4. ex præſumptione procedant, contraria præſumptione ceſſabunt. Et ad hanc declarationem, notabilis erit huius text. deciſio, in qua, vt dixi, nequaquam attenditur ius aliquod creditoris pignus diſtrahentis.

15 Nec † huic vltimæ, ac veræ reſolutioni obſtabunt verba relata in principio, ibi: *Et pignus in decem*, &c. quia reſpondetur, propterea id dixiſſe I. c. quia perperam videbatur pro eadem debiti parte, & fideiuſſorem, & pignus dari, cum altera pars eiuſdem debiti tunc omninò maneret ſine vlla ſatisdatione: & propterea pignus in decem refertur ex tacita debitoris tradentis mente, quæ quia aperta videtur, nihil mirum, quod dicat I. c. in decem datum pignus: alioquin ſi expreſsè conſtitiſſet pignus etiam pro eadem debiti parte datum eſſe, pro qua & fideiuſſor interceſſit, tunc ceſſaret huius text. deciſio, vt patet ibi: *Quia hoc dicendo, potuit hoc efficere debitor*; &c. quod manifeſtè oſtendit (vt notauimus) huius text. deciſionem non pendere à deciſione noſtri verſ. Paulus.

16 Adhuc † ad pleniorem interpretationem d. verſ. Paulus, poteſt controuerti, an creditor pignus diſtrahens, poſſit totum pretium computare in debitum naturale? & pro parte affirmatiua faciunt verba huius text. ibi: *Etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debebatur*. &c. vbi quærens I. c. an pretium redactum ex venditione pignoris debeat conuerti in debitũ tantum ciuile, an etiam in debitum naturale? Reſpõdet, etiam in naturale debitum, innuens conuerſionem eſſe faciendam ad debitum naturale, abſque aliqua pretij diuiſione. Facit rurſus idem text. ibi: *Et ideo deducto eo*, &c. vbi dicens regreſſum eſſe faciendum ad debitum ciuile, inſinuat pretium totum fuiſſe conſumptum in eam quantitatem, quæ natura tãtum debebatur, & hanc ſententiam videtur tenere Accurt. verbo pro rata, in l. in his, 5. §. Imperator. ff. de ſolutionibus.

17 Ceterum hæc pars † ſuſtineri nequit; tum ex d. l. in his, §. Imperator, vbi in iiſdem terminis fit diuiſio pretij in partes æquales, & ibidem latè notat Ioannes Imola: tum deinde, quia non ita fauendum eſt obligationi naturali, & illius compenſationi, vt contra partium conuentionem, pretium pignoris pro ſola obligatione ciuili dati in vniuerſum, conuertatur in debitum naturale. Tandem contra prædictam partem ſtat communis ſententia, per text. ibi, in l. pupilli debitor, 96. §. cum eodem, ff. de ſolutionibus, vbi reſoluit, quod dato pignore pro debito ciuili, & naturali ſimul, non poteſt computari in ſolum ciuile, vel in ſolum naturale, renitente debitore, ſed in vtrumque, & nulla maior ratio aſſignari poteſt, cur pignus pro debito naturali, & ciuili ſimul datum non poſſit in ſolidum conuerti in naturale tãtum, & traditum pro ciuili tantum, poſſit in ſolidum conuerti in naturale duntaxat.

Vnde ſecurè reſoluerem, quod dato pignore pro debito ciuili tantum, licet poſſit creditor referre pretium, etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debebatur, iuxta d. verſ. Paulus, id tamen temperandum eſt ita, vt nec in ſolidum accepto feratur debito naturali, nec in totum debito ciuili, ſed in partes æquales: vt ita dimidium pretij reſultantis ex diſtractione pignoris, compenſetur cum debito naturali, & alterum dimidium cum ciuili; probat hanc reſolutionem Vlp. in l. in his, 5. §. Imperator. ff. de ſolution. vbi in dubio non debet præſumi pignus fuiſſe datum pro debito naturali: ſed tantum pro eo, quo debitor efficaciter tenetur, & inſuper id probatur, quia niſi dicamus in terminis d. §. Imperator, pignus diſtractum, fuiſſe dũtaxat traditum pro debito ciuili, non vero pro vſuris ſimul ex pacto, hoc eſt, naturaliter debitis, nulla iam dubitandi ratio dari poterat, quod eſt contra regulam l. quod Labeo, ff. de Carbon. edicto. Tandem id comprobatur, quia ſi pro debito etiam naturali pignus traditum eſſet, iam pro rata, & non in partes æquales diuiſio pretij ex diſtractione pignoris redacti fieret, iuxta d. l. pupilli debitor, 96. §. cũ eodem, ff. de ſolution. vbi quando ex conuentione pignus ſubijcitur duabus obligationibus, pro rata diuiſio pretij pignoratitij fit, & non in partes æquales, vt patet ibi: *Pro modo pecuniæ cuiuſque contractus*; &c. tamen in d. §. Imperator, diuiſio fit in partes æquales, ergo pignus non fuit ex conuentione partium, vtriſque vſuris naturaliter, & ciuiliter debitis ſuppoſitum.

18 Nec item † ſuſtineri poteſt, quod in d. §. Imperator, tradit gloſſa, verbo, pro rata, quod tunc diuiſio pretij ex diſtractione pignoris collecti, in vtrumque debitum pro virili portione conuertitur, quando creditor velit; aliàs poſſit eligere, in quoduis malit. mouetur gloſ. argumento noſtri verſ. Paulus. Verum enim verò d. §. Imperator, talem electionem non patitur, vt patet ibi: *Ad vtramque cauſam vſurarum tam debitarum, quam indebitarum pertinere*; &c. vbi reſoluens pretium ad vtramq; cauſam pertinere, ſupponit neceſſariò fore cõputan-

putandum in debitum ciuili pro virili parte, ſolumque manere in poteſtate creditoris compenſare in debitum naturale pro parte.

19 Neque iam † prædictæ reſolutioni obſtat d. verſ. Paulus, ibi: *Etiam in eam quantitatem, quæ natura debebatur*; &c. vt ſupra expendimus: quia verbum illud, (*etiam*) in præſenti non ſumitur diſcretiuè, id eſt, applicando actum cõpenſationis, ſiue conuerſionis debito ciuili in ſolidum, vel debito naturali in ſolidum: ſed copulatiuè; quaſi dicat I. c. dato pignore pro debito ciuili tantum, pretium ex illius diſtractione collectum poteſt acceptum referri etiam in debitum naturale; ita, vt diuiſio pro parte æquali in vtrumque fiat, iuxta d. §. Imperator. Sic itaque ſecundum hanc interpretationem numquam manebit debitum ciuile omnino deſtitutum.

20 Non tandem † obſtát verba vltima d. verſ. Paulus, ibi: *Et eo deducto, debitum peti poſſe*; vt ſupra ponderauimus: nam cum ſenſum habent, vt ſcilicet pro deducta portione pretij in debitum naturale, occaſione cuius ciuili debito omninò ſatisfactum non eſt, reliquũ, quod ſupereſt, debiti ciuilis, peti poteſt. Vel aliter intellige, quod cum I. c. partiri pretium in vtrumque debitum decidiſſet, infert vt deducto eo, quod ex tali partitione debito ciuili accepto fertur, illud, quod adhuc debitum manet, petatur.

21 Pro coronide, vt † omnia ſint in concordia, aduerte, dum text. in d. §. Imperator, reſoluit diuiſionem pretij eſſe faciendam in partes æquales, non vero pro rata: obſtare d. l. pupilli, 96. §. cum eodem, ff. de ſolutionibus, ibi: *Pro modo pecuniæ cuiuſque contractus, creditor accepto facere debet*; &c. Et omiſſis diuinatiuis ſolutionibus Bart. & Imolæ, in d. §. Imperator. omiſſa itidem differentia, quæ aſſignari poterat in vtrumque debitum ciuile; aut alterum ciuile, alterum naturale; quia in ijsdem terminis, idem vtrobique reſoluendum erat, ſecundum communem ſententiam, de qua infra. Reſponde, text. in d. §. Imperator, procedere, quando pignus erat traditum pro debito ciuili tantum, quidquid ibidem reluctetur Imola, vt ſuperius probauimus: quo' caſu fit diuiſio pretij ex eiuſdem pignoris diſtractione redacti, etiam in debitum naturale, cum non conſtet de dicta partium conuentione: & tunc ſuccedat deciſio d. verſ. Paulus, quæ, vt diximus, pretium ex diſtractione pignoris redactum, ex poteſtate creditoris ſubijcit etiam pro virili in naturale debitum. At in d. §. cum eodem, ex partium conuentione pignus datum erat pro vtroque debito: in quibus terminis ex voluntate pignorantis debitoris pretium pignoris conſortioni debiti ſuppoſitum eſt: & ideo nihil mirum, quod pro rata cuiuſque debiti partitio fiat.

22 Ex qua † ſolutione infero, veram eſſe communem ſententiam, quæ dicit, argumento d. §. cum eodem, quod ſi pignus pro debito ciuili, & debito naturali detur, tunc non fiat diuiſio pretij pignoratitij in viriles, vt alias decidebatur in d. §. Imperator, qui vt diximus, loquitur dumtaxat de pignore tradito pro ciuili tantum debito: quinimmò, diuiſio pro rata fiat: cum ita & d. verſ. Paulus, & d. §. cum eodem, ex mente partium locus aperiatur.

23 Ratio autem † in qua fundatur differentia diuiſionis pro rata, vel in viriles, ea eſt: quia dato pignore pro debito tantum ciuili, ſecundũ debitoris voluntatem, pretium in ſolidum eidem ciuili debito debebat accepto ferri, iuxta d. verſ. Paulus, vt ſupra expenſum, & cum æquitas poſtularet, vt etiam naturale debitum in ſolidum ſolueretur, & compenſaretur propter veritatem, ſecundum quam creditor manet debitor in pecunia, quam redigit ex diſtractione pignoris, in hoc rationum conflictu media via electa eſt, argumento §. vlt. Inſt. de vulgari ſubſtit. & in viriles partes fit diuiſio, quaſi concurſu, argumento etiam l. ſi finita, 15. §. cum autem plures, ff. de damno infecto. At quando ex conuentione partium pro vtroque debito pignus datur, & debitum ſit diſpar, pro rata, & modo debiti partitio pretij pignoratitij fiet: quia tunc ceſſat voluntas debitoris, alteri ex debitis totum pretium applicare volentis; & itidem conflictus rationum, ob quarum compoſitionem media via in prædictis terminis eligebatur.

24 An † autem d. §. cum eodem, verſ. quod ſi temporibus, habeat etiam locum in duplici debito, videlicet ciuili naturali ita vt ſi prius pro ciuili detur pignus, & poſtea pro naturali, ceſſet deciſio d. §. Imperator, & d. verſ. Paulus? Et puto ſub diſtinctione reſoluendum: ſi ſatisfacto debito ciuili ex pignoris pretio, adhuc remanet pars pretij, quæ cum naturali compenſetur, tunc puto dicendum, etiam procedere in his terminis, d. §. cum eodem, verſ. quod ſi temporibus, iuncta communi ſententia, quæ ex eodem textu deducit, pro rata eſſe faciendam pretij diuiſionem, quando pro debito ciuili, & naturali ſimul pignus datur. Si tamẽ ex pretio pignoris, ſoli debito ciuili ſatisfieri poteſt, tunc negligenda eſt deciſio d. §. cum eodem, verſ. quod ſi temporibus, & amplexanda omninò deciſio noſtri verſ. Paulus, ita, vt tunc ĩ partes ęquales pretij pignoratitij diuiſio fiat: videbitur enim omninò in fraudem obligationis naturalis pignus pro vtroque debito interpoſitum, vt ſatisfacto ciuili, nihil remaneat in ſolutionem naturalis; quod tamen intelligo,

Digitized by Google

go; niſi creditor apertè conſentiat.

25 Denique † reſtat, vt illi quæſtioni reſpondeamus, vtrum, pignore tradito pro ſolo naturali debito, illius pretium debeat etiam conuerti pro parte virili in ciuile? Opinor non eſſe computandum, niſi volente creditore, ratio eſt in promptu: quia cum in fauorem obligationis naturalis procedat conuerſio pretij pignoratij, etiam in debitum naturale, quando pignus pro ciuili tantum datum eſt, iuxta d. verſ. Paulus, ſi alias extra hos terminos, & in maiorem obligationis naturalis fauorem pignus pro ea tantum detur, conuentio tunc partium ſecundum iuris regulas ſeruari debet.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu l. cum ſponſus, 12. §. in vectigalibus, ff. de Publiciana, à nu. 1. per tot. & nu. 4. & omninò, nu. 20.

Vbi ceſſat vſucapio, ceſſat Publiciana, & ita validum eſt argumentum: non procedit vſucapio, ergo nec Publiciana. ibidem.

Agitur de intellectu l. ſi finita, §. ſi de vectigalibus, ff. de damno infect. à nu. 11. & à nu. 19.

Refertur, ac reprobatur communis conciliatio inter d. l. cum ſponſus, §. in vectigalibus, & d. l. ſi finita, §. ſi de vectigalibus, nu. 2.

Quæ res ciuitatum alienari, & vſucapi poſſint. num. 5. & num. 21.

Refertur ac reprobatur ſecunda conciliatio, quam affert Bart. & Paulus, ad d. § in vectigalibus & d. §. ſi de vectigalibus. à nu. 6.

Declaratur regula l. 4. §. lana, ff. de vſucap. nu. 7.

Explicatur l. 1. ff. de fundo dotali, nu. 8. & 13.

Fundus dotalis facilius alienatur ratione vitij realis, & cauſæ neceſſariæ, quam fundus vectigalis; quamuis in ſe ſit magis inalienabilis, quàm vectigalis; & de ratione differentiæ. d. numero 8.

Prædij vectigalis utile dominium, quod eſt priuatorum, ſi non caueatur de damno infecto, poſt ſecundum decretum tranſit in nouum poſſeſſorem. num. 9.

Refertur, & reprobatur tertia conciliatio Fulgoſij, & Cuiacij, ad d. §. in vectigalibus, & d. §. ſi de vectigalibus, nu. 10.

Prohibita ab homine alienatione, non impeditur vſucapio. obiter. nu. 11.

Prohibita alienatione à lege, vel ab eo, qui uſucapionem prohibere poteſt, eo ipſo etiam uſucapio inhibita cenſetur. ibidem. Quod declara numero 12.

Sub proprietate alienationis, comprehenditur. vſucapio. ibidem.

Explicatur obiter ratio decidendi ad l. ſi fundum, ff. de fundo dotali. nu. 13.

In uſucapione initium, & proceſſus pendet à voluntate, vel patientia priuatorum. ibidem.

Explicatur obiter l. alienationis verbum, ff. de verb. ſignificat. ibidem.

In miſſione ex ſecundo decreto origo eſt ſimpliciter neceſſaria. ibidem.

Explicatur l. cũ ſponſus, §. ſi res, ff. de Publiciana. n. 14.

Res litigioſa non poteſt vſucapi. à nu. 15.

Explicatur l. 1. C. de præſcriptione longi temp. 10. vel 20. annorum. nu. 16.

Omiſſa controuerſia rei litigioſæ, poteſt iterum res alienari, & vſucapi. ibidem.

Explicatur l. ſi poſt acceptum, ff. de rei vendicatione. num. 17.

Res litigioſa, ſi petatur à non domino, tamquam ſibi debita, poteſt vſucapi contra verum dominum non petentem. ibidem.

Res litigioſa, etiamſi non ſit petitoris, non poteſt alienari lite pendente. nu. 18.

Quando res non ſimpliciter à lege prohibentur alienari, ſed ſeruatis ſolemnibus, poſſunt vſucapi. num. 19.

Explicatur l. bonæ fidei, ibi: Si pupilli, *ff. de acquir. rerum domin. nu. 21. cum ſeq.*

Res pupillaris regulariter inuſucapibilis eſt. nu. 22.

Latè explicatur l. 2. §. ſi à pupillo, verſ. & ideo, ff. pro emptore. à num. 23.

Reprobatur Cuiacij emendatio literalis ad d. verſ. uideo. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam ſubtilis interpretatio doctiſſimi præceptoris Conimbricenſis Roderici Lopez à Veiga, ſenatoris ampliſſimi, ad d. verſ. & ideo, à nu. 24.

Publiciana immediatè regulatur ab vſucapione. n. 25.

Ex actu nullo non bene infertur ad negandam vſucapionem. ibidem.

Proponitur vera interpretatio ad d. verſ. & ideo, nu. 26. & nu. 30.

Publiciana, & acceſſio poſſeſſionis, de æquitate prætoria ſunt introducta. ibidem.

Explicatur l. eum, qui, in princip. ff. de Publiciana, & conciliatur cum d. verſ. & ideo, nu. 27.

Ab vſucapione ad Publicianam, vel è conuerſo, regulariter valet argumentum, tam affirmatiuum, quam negatiuum. nu. 28.

A Publiciana ad vſucapionem negatiuè, in vno caſu non bene arguitur, de quo nu. 29.

CAPVT XVII.

Ad Iul. Paul. lib. 19. ad edict. in l. cum ſponſus, 12. §. in vectigalibus, ff. de Publiciana in rem act.

1 SCribit I. c. *In † vectigalibus & alijs prædijs, quæ vſucapi non poſſunt, Publiciana competit, ſi forte bona fide mihi tradita ſint, &c.* Ex qui-

bus verbis colligitur, poſſe rem eſſe inuſucapibilem, & tamen competere Publicianam actionem.

Verum obſtat Vlp. in l. ſed & ſi, 7. §. vlt. ff. eodem tit. de Publiciana. ibi: *Publicianæ eum experiri non poſſe, quia vſucapere non poterat;* &c. vbi pro regula denegat Publicianam, vbi vſucapio locum habere nequit. Conſentit idem Vlp. in l. ſiue autem, 9. §. hæc actio, ff. eodem tit. vbi denegat Publicianam reſpectu rei furtiuæ, & ſerui fugitiui, quia vſucapi nequeant. Et ſatis id euincit intentio Prætoris, dum Publicianam concedit, iuxta §. namque, Inſt. de actionibus, cum ſcilicet per eam dicat quis vſucepiſſe, quod non vſucepit: quæ perperam eſſet, nec admitti quiuiſſet, ſi quis diceret, ſe rem vſucepiſſe, quæ vſucapi non poteſt, & facit, quod tradit Iaſ. in §. ſed iſtę quidem, numero vndecimo, & numero decimoſeptimo, dum ſecurè aſſerit, valere hanc conſequentiam: *Non procedit vſucapio, ergo nec Publiciana.*

2 Tandem † magis in ſpecie obſtat text. in l. ſi finita, §. ſi de vectigalibus, verſ. ſed in vectigali prædio, ff. de damno infecto, vbi ita ſcribit Vlp. *Sed in vectigali prædio ſi municipes non cauerint: dicendum eſt, dominium per longum tempus acquiri.* Ex quibus verbis manifeſtè oſtenditur vectigalia prædia vſucapi poſſe.

Varias ſolutiones colliges ex gloſſa hic, verbo, non poſſunt, Balb. 4. parte, quæſt. 9. nu. 34. Alciat. lib. 3. Diſpunct. cap. 10. Cuiac. in l. 4. §. vlt. verbo, libertatem, ff. de vſucapion. & in l. 2. §. ſi quis à pupillo, ff. pro emptore. Forcatul. Dialog. 19. nu. 3.

3 Communis † ſolutio eſt, nō poſſe prædicta prædia vectigalia vſucapi quoad dominium directum, & in eius præiudicium: ſed quoad vtile tantum, & ita in præiudicium dominorum vtilium, gloſ. hic, verbo, non poſſunt, in vltima ſolutione; & ita eſt communis ex Iaſone, in §. ſed iſtæ quidem, à nu. 12. & num. 86. Inſt. de actionibus, Minſynger. in §. namque ſi cui, num. 26. Inſt. eodem tit. vbi de communi etiam teſtatur. Forcatul. vbi ſupra. Vallaſc. de iure emphyt. quæſt. decimaquarta, numero ſexto.

Hæc autem communis concordia eſt contra text. in d. l. ſi finita, §. ſi de vectigalibus, verſ. ſed in vectigali prædio, vbi I. c. inquit, quod ſi vſucapio procedat contra eum, qui vtile tantum dominium habet, vtile ſolum acquiritur ea completa, vt patet ibi: *Poſt quod decretum vtili actione vti poterit;* &c. iuncta gloſ. ibidem, verbo, vectigali. Si verò contra dominos directos, quales ſunt municipes, dominium directum acquiritur, vt patet ibi: *Si municipes non cauerint, dicendum eſt, dominium per longum tempus acquiri;* Deinde

4 † obſtat text. noſter, in d. §. in vectigalibus, ibi: *Et alijs prædijs;* &c. Quæ verba vltra interpretationem Cuiacij d. §. vlt. verbo, libertatem, poſſunt declarari, vt procedant in prædijs minorum impuberum, & ſimilium, quæ regulariter alienari prohibentur, & conſequenter vſucapi, iuxta text. in l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin. vbi notat gloſ. verbo, ſi pupilli, in quibus tamen non poteſt conſiderari vtile, vel directum dominium ſeparatum.

5 Accedit † tandem, quia res ciuitatum, quę ad publicum vſum non deſtinantur, vſucapi poſſint; quod probatur ex l. ſed Celſus, ibi: *Quæ non in pecunia popul.* ff. de contrah. empt. & cum alienari poſſint, poſſunt etiam vſucapi, l. omnes, ibi: *Vel publicum;* C. de præſcript. 30. vel 40. ann. Couar. pract. capite trigeſimo ſeptimo, in fine, & in regula, poſſeſſor, ſecunda parte, §. 2. numero 9. de regulis iuris, in 6.

6 Vnde † aliter intelligunt Bart. & Paul. in d. §. ſi de vectigalibus, vterque, numero ſecundo, putāt enim in noſtro textu, vectigalia prædia fuiſſe tradita à tertio, quo caſu putant non poſſe vſucapi contra municipes, & ita procedere text. in noſtro §. in vectigalibus; Si verò tale prædium fuerit alienum, & municipes tradiderunt; vel ab illis cauſa habetur, procedere vſucapionem; & ita intelligi d. §. ſi de vectigalibus, verſiculo ſed in vectigali prædio.

Ceterum hic intellectus ſuſtineri nequit; nam in primis diuinat ad noſtrū §. ſi de vectigalibus, & violat ad d. §. ſi de vectigalibus, qui apertè loquitur de prædio vectigali vſucapto contra municipes; quod probo: nam in primo reſponſo agebat Iuris conſultus, de prædio vectigali, cuius tertius quidam habebat vtile dominium, & tunc reſoluit, vſucapionem ſequi contra municipes in vtili tantum dominio: quia ſubrogatur loco illius, qui vtile tantum habebat; poſtea in verſiculo ſed in vectigali, aduerſatiuè inquit, ſi vſucapio procedat contra municipes non cauentes, dominium ſimpliciter acquiri contra illos; quæ quidem aduerſatiua nihil operaretur, ſi reſpectu dominij directi non loqueretur.

7 Nec † difficultatem ſoluit Paul. Caſtr. vbi ſupra, dum inquit, quod ſi municipes eſſent domini directi, non eſſet neceſſaria vſucapio, ſed ſtatim dominium transfiret, iuxta text. in lege quarta, §. lana, ff. de vſucap. vt alias fit in lege prima, ff. de fundo dotali, vbi ratione non præſtitæ cautionis de damno infecto, ob vitium ædiū dotaliū, poſſeſſor poſt ſecundum decretū fit dominus, cum tū fundus

dotalis

dotalis regulariter prohibeatur alienari,

Replicatur enim, quod per defectum cautionis de damno infecto, non ſupplentur ſolennitates requiſitæ ad alienationem rerum ciuitatum, de quibus l. vlt. C. de vendendis rebus ciuit. lib. 11. & ob id non poterat ſtatim dominium tranſire, ſed tantum præſtatur iuſta poſſeſſio, l. iuſtè poſſidet, ff. de acquir. poſſeſſ. at regula d. §. lana, procedit, quando dominum rei ſimpliciter tranſire poteſt,

8 Nec obſtat † d. l. 1. ff. de fundo dotali. Reſpondetur enim, quod licet fundus dotalis magis in alienabilis ſit, quam vectigalis, cum ille ſimpliciter, hic vero, deficientibus tantum ſolennitatibus prohibeatur alienari; nihilominus tamen data cauſa neceſsaria, facilius illius dominium transfertur, quam fundi vectigalis. Ratio differentiæ clara eſt; nam cauſa neceſſaria vendendi res ciuitatis, non excludit ſollennitates aliàs requiſitas, d. l. vlt. C. de vendend. rebus ciuit. lib. 11. & ideo ad ſupplendum defectum ipſorum, vſucapionis remedio opus eſt, d. verſ. ſed ſi in vectigali; ſecus euenit in fundo dotali: nam vbi cauſa neceſſaria adeſt, iuxta d. l. 1. ff. de fundo dotali, dominium, ſi extat apud maritum, ſtatim transfertur ſine aliqua ſolennitate,

9 Et eodem † modo reſponderi poteſt ad argumentum quod ſolet deduci ex ſimilitudine tituli de noxalibus, cum tit. de damno infecto, quod quemadmodum, qui dominus eſt, dedens ſeruum noxæ, ſtatim dominium transfert, ita dominium traducitur in eum, cui cautum non eſt de damno infecto, poſt ſecundum decretum, ſi dominium habet ille, qui non cauit: ſimilitudinem autem vtriuſque tituli, intendit Vlpianus in l. Pretor, §. hoc edictum proſpicit, vbi Bart. ff. de damno infect. ſequitur Iaſ. in §. ſed iſtæ quidem, n. 145. da actionibus.

Fatentur enim, quod in tit. de damno infecto, quando res ſunt priuatorum, in quibus alienandis non requiritur ſolennitas aliqua, ſi dominus non cauet, ſtatim poſt ſecundum decretum, transfertur dominium in poſſeſſorem; quinimmo, id etiam procedit in vectigalibus prædijs, reſpectu vtilis dominij, quod priuati habent, illud enim illico traducitur, vt patet in d. §. ſi de vectigalibus, in primo reſponſo; At quando ſumus in terminis in quibus res, pro qua non cauetur, ad ſui diſtractionem requirit ſolennitates, vt ſunt res ciuitatum, iuxta d. l. vlt. C. de venden. rebus ciuit. lib. 11. non præſtita cautio à municipibus de damno infecto, ſolam iuſtam poſſidendi cauſam præbet, non tamen ſupplet defectum ſolennitatum, quæ aliàs requiruntur: & ob id pro ſupplimento ſolennitatum requiritur vſucapio, in d. §. ſi de vectigalibus, verſ. ſed in vectigali prædio, diutina enim poſſeſſione ſolennitas præſumitur præceſſiſſe, l. 4. vbi Bald. & reliqui, C. de petitione hæreditatis.

10 Tandem † Fulgoſ. in noſtro §. in vectigalibus, & Cuiac. in d. l. 4. §. vlt. verſ. libertatem, ff. de vſucap. putant, vectigalia non eſſe inuſucapibilia propter vitium aliquod reale, aut legis ſimplicem prohibitionem; ſed ſecundum quid, nempè propter defectum tituli. Verum, licet hoc verum in ſe ſit, quod propter defectum tituli ſint inuſucapibilia, non tamen explicant, cur eo caſu, quo ſunt inuſucapibilia, competat Publiciana, cum ea omninò denegetur, quando (licet per accidens) vſucapio ſequi nequit, iuxta l. ſed ſi, 7. §. vlt. de Publiciana, & ſupra dicta.

11 His igitur, & † alijs omiſſis, pro ſolutione præmittendum eſt, quod licet ex prohibita alienatione ab homine, non inhibeatur directò vſucapio, iuxta regulam l. nemo poteſt, ff. de legatis 1. vbi latè notatur, congerit plures Couar. lib. 1. var. reſol. cap. 9. nu. 4. Berous, in Rubr. extra, de præſcript. à n. 63. poſt Abb. ibidem. Tamen ſi alienatio prohibeatur ab eo, qui vſucapionem prohibere poteſt, ſimpliciter videtur prohibita & uſucapio. Ratio eſt: quia quando quis alienare prohibet, ex intentione ſua comprehendit ea omnia, quæ ſub proprietate verbi comprehenduntur; atqui uſucapio eſt alienatio, l. alienationis verbum, ff. de verborum ſignificat. l. 1. §. quod ſi in lite, ff. ſi quid in fraudem patroni, ergo, &c. probat conclusionem gloſ. verbo, pupilli, in l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin. & in d. l. alienationis verbum, Bart. per text. ibi, in l. ſi fundum, ff. de fundo dotali, & in l. vbi lex, ff. de vſucap. gloſ. item, verbo, non poſſunt, in l. ſiue, §. hæc actio, ff. de Publiciana, latè Gabr. lib. 5. comm. tit. de præſcript. concluſ. 13. a princip.

12 Quam † concluſionem intellige, quando lex, vel ille, qui uſucapionem valet impedire directo, iuxta d. l. vbi lex, alienationem ſimpliciter prohibuit: aliàs enim, ſi ſecundum quid, non ſeruatis ſcilicet aliquibus ſolennibus, vel aliundè conſtiterit, non ſimpliciter alienationem inhibuiſſe, tunc non impedictur vſucapio, vt innuit gloſ. in d. verb. non poſſunt, in d. §. hæc actio.

13 Ex qua † reſolutione infertur Primò, cur prohibita alienatione fundi dotalis, vſucapio quoque excluſa cenſeatur, l. ſi fundum, ff. de fundo dotali; nam cum lex, Iulia ſimpliciter, & abſolutè fundum dotalem alienari prohibeat, iuxta totum tit. ff. de fundo dotali, principium Inſtit. quibus alienare licet, vel non, ſequitur ex poteſtate eiuſdem legis inhibitam vſucapionem, iuxta ſupra dicta.

Digitized by Google

Cui illationi † obſtat l. 1. ff. de fundo dotali, ibi: *Quia hæc alienatio non eſt voluntaria*; &c. conſtat autem vſucapionem eſſe alienationem legalem cum a lege ſit inducta, l. 1. ff. de vſucap. & conſequenter non eſt dicēda volūtaria; vnde videbatur poſſe vſucapi fundus dotalis.

Sed reſpondetur, d. l. 1. ff. de fundo dotali, procedere in alienatione ſimpliciter neceſſaria, cuiq; cauſam dedit uitium rei dotalis, non vero mariti voluntas, aut patientia: vt patet ibi: *Si ob id, quod maritus damni infecti non cauebat, miſſus ſit vicinus in poſſeſſionem dotalis prædij*; &c. At vſucapio, licet lege ſit inducta, initium tamen, & proceſſum habet volūtarium, reſpectu eius, qui patitur vſucapi, vt patet ex d. l. alienationis verbum, ff. de verb. ſignif. ibi. *Vix eſt enim, vt non videatur alienare, qui patitur vſucapi*; &c. Vnde colligitur, in vſucapione ſolum finem, hoc eſt, dominij adiectionem poſt tempus lege definitum neceſſariò fieri.

Nec poterit replicari, quod ſicut conſideratur voluntas in vſucapione, ita poteſt conſiderati in non præſtando cautionem de damno infecto, vt patet ex d. l. 1. ff. de fundo dotali, ibi: *Si ob id, quod maritus damni infecti non cauebat*, &c. Quia reſpondetur: quod licet vtrobique maritus potuiſſet mederi & vſucapioni, eam interrumpendo naturaliter, aut ciuiliter; & miſſioni ex ſecundo decreto, cautionē præſtando vtriuſque tamen cauſa, quæ ſola attenditur, diſpar eſt: nā ex miſſioni ſecundo decreto, vitium rei dotalis originem præſtat; at vſucapioni negligentia dominorum; quamuis ad complendam vſucapionem immediatè influat continuatio iuſtæ poſſeſſionis tempore lege definito, l. 3. ff. de vſucap. vnde apparet, quod in vſucapione voluntas domini, cauſam eius, etiam immediatam infringit: verum reſpectu miſſionis ex ſecundo decreto, cauſam non adimit, cum vitium rei adhuc perſiſtat, ſed tantum impedit præſtatione cautionis de damno infecto. Ex quo colligitur vitium rei dotalis, non obſtante diligentia mariti, effectum aliquem operari, quod non eueniebat in vſucapione.

14 Infertur † ſecundò intellectus ad noſtram l. cum ſponſus, 12. §. ſi res, ff. de Publiciana, ibi; *Si res talis ſit, vt lex, aut conſtitutio alienari prohibeat, eo caſu Publiciana non competit*; &c. quæ quidem intelligitur, quando eſt ſimplex prohibitio: nam cum inde impediatur vſucapio, iuxta ſupradicta, benè infert I. c. etiam Publicianam non competere, quaſi impeditam; etenim ibi locum habet, vbi vſucapio habere poteſt, l. ſed & ſi, §. vlt. aliàs, l. cum qui, §. vlt. aliàs, l. traditionem, ff. de Publiciana, l. ſiue autem, §. hæc actio, eodem tit. & ſupra latius comprobauimus.

15 Infertur † tandem vera ratio, ob quam res litigioſa vſucapi nequeat, cum videlicet ſimpliciter alienari prohibeatur, vt patet ex l. 2. C. de litigioſis.

Huic tamen illationi obſtat l. 1. iuncta gloſ. verbo, poteſt. C. de præſcript. longi temporis 10. vel 20. annor. & iuncta l. vlt. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. ex quibus colligitur, quod res litigioſa poteſt vſucapi, quamuis ſimpliciter alienari ſit prohibita; & ita gloſ. in d. l. 1. verbo, ei, aſſerit, non ſemper valere hanc conſequentiam; *Prohibetur alienari, ergo nec vſucapi*; & mouetur per text. in l. ſi fundum, ff. de fundo dotali.

Obſtat Secundò text. fortis, in l. ſi poſt acceptum, ff. de rei vendicatione, ibi: *Si poſt acceptum iudicium, poſſeſſor vſu hominem ceperit*, &c. Quibus verbis videtur permiſſa vſucapio rei litigioſæ, cum tamen iam eo tempore eiuſdem ſimpliciter eſſet prohibita alienatio, & cum pœnæ adiectione, l. vlt. ff, de litigioſis, & ob id gloſſa, in l. alienationis verbum, ff. de verb. ſignificat. aſſerit, propoſitam regulam, quod ſimpliciter prohibita alienatione, cenſeatur prohibita vſucapio, eſſe limitandam in re litigioſa.

His tamen non obſtantibus, vera eſt noſtra illatio, videlicet, ex ſimplici prohibitione alienandæ rei litigioſæ, ſequi inhibitam etiam eſ-
16 ſe vſucapionem eiuſdem. Nec † nobiſcum pugnat d. l. 1. C. de præſcript. longi tempor. quia loquitur de re, ſuper qua quidem mota fuerat controuerſia, ſed tamen omiſſa iam erat, vt patet ibi: *Poſt motam, & omiſſam quæſtionem*, &c. vt ibi notant Cynus, Baldus, Salicet. Iaſ. etiam in l. 2. C. de edendo, n. 19. & in l. cum mota, n. 14. vbi Padilla, n. 3. C. de tranſact. in ſpecie Cuman. in l. vbi lex, in fine, ff. de vſucapion.

Vnde cum controuerſia fuerit omiſſa, res deſinit eſſe litigioſa, l. 2. ibi: *Lite pendente*; & l. vlt. ibi: *Si quis lite pendente*, C. de litigioſis, & conſequenter poteſt alienari, & vſucapi ab eo, in quem alienata fuerit, d. l. 1. in primò caſu; vel etiam vſucapi ab eodem poſſeſſore, cum iam alienari poſſit, dummodò non proficiat ei præcedentis temporis poſſeſſio, quæ ciuiliter interrupta fuit, iuxta regulam l. nec bona, 10. C. præſcript. longi tempor. 10. vel 20. annorum, l. moræ; 26. C. de rei vendicat. nec etiam proſit longi temporis præſcriptio, dicta lege prima, in ſecundo caſu; ſed omnino requiratur longiſſima, iuxta legem vltimam, C. de præſcript. triginta, vel quardaginta annorum, notat gloſſa, verbo, poteſt, in d. lege prima, C. de litigioſis. Atque ita illud operatur ciuilis illa interruptio per motionem controuerſiæ, vt præcedens poſſeſſio non

proſit

poſſit vſucapioni; ſimulque ſufficiat noua longi temporis, ſed requiratur longiſſimi poſſeſſio, reſpectu antiqui detentatoris.

17. Ad † text. verò in d.l. ſi poſt acceptum, ff. de rei vendicat. Reſpondetur, rem, de qua ibi mota fuerat controuerſia, non eſſe petitoris, nec conſequenter contra ipſum vſucapionem completam fuiſſe; quinimmò, eſſe cuiuſdam tertij, qui nihil petebat: & ita quoad vſucapionem complendam contra verum rei dominum, nihil omninò impediebat. Vnde cum petitor in d. l. ſi poſt acceptum, diceret ſibi rem illam deberi, nec contra ipſum vſucapio procedebat, nec completa nocebat: argumento text. elegantis in l. 2. ad finem, ff. de in diem adiect. vbi pure vendito fundo, niſi melior ſors afferatur, emptor interim dicitur vſucapere poſſe, & fructus lucrari, & tamen oblata meliori conditione, omnia reſtituuntur, l. item quod dictum; ff. eodem tit. de in diem adiect. quia videlicet poteſtas vſucapiendi ſemper reſpicit verum dominum; vnde ſi venditor in prædicta ſpecie dominus non erat, & ipſe poſſidendo vſucaperet, ita & emptor, qui ab eo cauſam habet. Sic ſimiliter d.l. ſi poſt acceptum, vſucapio procedit contra verum dominum, qui nihil petebat, non contra petitorem, cuius ius non minuebatur ex complemēto vſucapionis; & propterea, ſi vicerit, ad ipſum pleno iure pertinet, vt exprimit d. l. ſi poſt, & ita illa vſucapio rei litigioſæ interdicitur, quæ procederet contra collitigatorem.

18 Nec replicari † poteſt, quod licet res iſta non ſit petitoris, nihilominus litigioſa efficitur, & omninò alienari prohibetur, vt euincit generalitas l. 3. & ſequentis, C. de litigioſis; Vnde iuxta ſupra poſitam à nobis regulam, ſicut alienari non poterat, ita nec vſucapi. Reſpondetur enim, regulam procedere, quando vſucapio procedere debuiſſet contra eum, cuius reſpectu prohibitio alienādi interpoſita, eſſet: at in d. l. ſi poſt, vſucapio quidem ſolum procedit contra verum dominum rei, qui nullam litem mouebat; & ita nec reſpectu eiuſdem alienatio prohibebatur; cum autem reſpectu petitoris efficiatur litigioſa, & conſequenter inalienabilis, reſpectu eiuſdem vſucapio quoque inhibita cenſetur, quod non inficiatur, qui nimmò ſupponit text. in d. l. ſi poſt.

Vnde illud elegans deducetur, quod res, quę reſpectu vnius eſt inalienabilis, & inuſucapibilis, poſſit reſpectu alterius, eſſe vſucapibilis, quamuis interim per accidens nequeat alienari, vt euenit in dicta re litigioſa, iuxta modo dicta ad d.l. ſi poſt acceptum.

19 Vt igitur † ad antiquam reſolutionem reuertamur, quando lex non prohibet ſimpliciter alienationem, ſed ſecundum quid; hoc eſt, ſeruatis aliquibus ſolennibus, v. g. ne emphyteuſis ſine domini conſenſu alienetur, l. vlt. C. de iure emphyteutico, res ciuitatum ſine ſolennitatibus, l. vlt. C. de vendendis rebus ciuit. lib. 11. res minorum ſine decreto, tit. ff. de rebus eorum, &c. & tit. C. de prædijs, & alijs rebus minorum, tunc non impeditur vſucapio, ſi requiſita concurrant, titulus videlicet, & bona fides, latè comprobat Gabr. lib. 5. Comm. tit. de præſcript. concluſ. 13. num. 19. Et hinc eſt, quod prædia vectigalia vſucapi poſſunt, l. ſi finita, 15. §. ſi de vectigalibus, verſ. ſed in vectigali, ff. de damno infecto; res etiam impuberum, l. 2. §. ſi à pupillo, ff. pro emptore; quibus caſibus Publiciana competet, ſicut & in omnibus, in quibus vſucapio procedit, gloſ. verbo, non poſſunt, in l. ſiue, §. hæc actio, ff. de Publiciana.

Quando verò dico requiri bonam fidem, intelligo iuſtam credulitatem, v.g. in rebus minorum, quæ ſine decreto alienari nequeunt; exiſtimationem emptoris venditorem eſſe maiorem 25. annis, in rebus verò, quæ à puberibus alienari poſſunt, requiri opinionem emptoris, venditorem eſſe puberem: non tamen intelligo, putare emptorem res minorum poſſe ſine decreto, alienari, vel res impuberum indiſtinctè, hoc enim eſſet error iuris, qui vſucapioni non prodeſt, l. nunquam, ff. de vſucap. & ita euitatur obiectio Imolę, in d. §. ſi à pupillo, num. 22.

Nec iam obſtabunt text. noſter in d. l. cum ſponſus, §. in vectigalibus, ff. de Publiciana, l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin. d. l. 2. §. ſi a pupillo, verſ. & ideo, nec de euictione.

20 Nam in primis † ad d. §. in vectigalibus, vltra ſupradicta reſpondetur, quod licet vectigalia, & alia ſimilia prædia, regulariter vſucapi nequeant, propter defectum tituli, v.g. ſolennium, quæ interuenire debebant; & inſuper bonæ fidei; qui defectus in dubio non præſumitur, niſi iuſtus facti error probetur, & conſequenter tunc temporis Publiciana non competat: attamen ſi forte bona fide tradita ſint, cum tunc ratione bonæ fidei, ac iuſtæ poſſeſſionis vſucapio procedat, ad ſupplendum defectum ſolennium aliàs requiſitorū, Publiciana etiam competet. Atque ita text. in d. §. in vectigalibus, non vult, vt caſu, quo vſucapio inhibetur, Publiciana competat: immò iuxta principia iuris ſupponit, quod quando vſucapio procedere nequit, Publiciana non competat, ſecundum l. ſed etſi, §. vlt. l. ſiue autem, §. hæc actio, ff. de Publiciana: ſed tātum aſſerit, quod licet veſtigalia prædia regulariter vſucapi nequeant ex ſupraposita ratione; ſi tamen forte (hoc eſt, ſi caſu aliquo contra præſumptionem iuris) bona fide prædicta prædia tradita fuerint,

rint, hoc eſt, iuſtus facti error fuerit probatus, tunc, cum vſucapio admittatur, Publiciana etiam competat.

21 Praeterea, non † obſtat d. l. bonae fidei, ibi: *Veluti ſi pupilli ſit*; &c. ff. de acquir. rerum domin. vbi probatur bona impuberum eſſe inuſucapibilia, cum iuxta ſupra dicta, eorum alienatio ſimpliciter non prohibeatur.

Nam in primis in alia editione, quam ex Dioniſio Gothofredo habemus, & ex Graecis interpretibus refert Cuiacius, lib. 11. Obſeruat. cap. 12. aliter legitur, nempè: *Veluti ſi populi ſit*; Secundum quam ceſſat difficultas: quia vſucapio tunc temporis, vel omninò non procedit, veluti ſi quis rem vſibus publicis deſtinatam bona fide emat, quae inuſucapibilis eſt, vtpote quia ex communi, quae ab aliquo priuatim poſſideri nequit, l. inter ſtipulantem, §. ſacram, ff. de verb. oblig. vel aliquando procedet, ſi ſit ex ijs ciuitatis rebus, quae certis ſolennibus adhibitis alienari poſſunt, iuxta l. vlt. C. de vendend. rebus ciuit. lib. 11. l. ſed Celſus, §. in fine princip. ff. de contrah. empt. vt ait gloſ. in l. vlt. C. de ſacroſ. eccleſ. Suarez allegat. 15. num. 2. Couar. pract. cap. 37. in fine. Auendanus, de exequend. mandatis, lib. 1. cap. 12. nu. 10. & in hac ſecunda ſpecie rerum populi procedit vſucapio, iuxta ſupradicta.

22 Quinimmo, etiamſi † in d. l. bonae fidei, fiat mentio rerum pupilli, non verò populi, (quod rectius eſſe agnoſcit Cuiacius, d. cap. 12.) adhuc non obſtat: quia tantum euincit, vt in dubio dicamus, rem pupilli inuſucapibilem regulariter eſſe: quia ſcilicet deficiente tutore & decreto, & cauſa ęris alieni, diſtrahi non poterat, iuxta l. magis puto, §. ſi aes alienum, ff. de rebus eorum, &c. & ita procedat d. l. bonae fidei, ff. de acquir. rerum domin.

Nihilominus tamen, ſi detur titulus putatiuus, ac probetur ex iuſto facti errore, & conſequenter bona fides interueniat, vſucapio admittetur, iuxta d. l. 2. §. ſi à pupillo, quae ita debet conciliari cum d. l. bonae fidei, an autem d. §. ſi à pupillo, hodie procedat, propter l. vlt. C. in quibus cauſis in integrum? & negatiuè reſpondet gloſ. in l. etiam ei, ff. de minoribus, niſi caſus talis fuerit, qui attento iure antiquo, abſque remedio reſtitutionis vſucapionem cōtra pupillum produceret. Manet itaque concordia inter d. §. ſi à pupillo, & d. l. bonae fidei, quidquid aliae conciliationes, à gloſ. in d. l. bonae, verbo, pupilli, & Doctoribus tradantur, quas apertè diuinatiuas, aut falſas eſſe conſtat.

23 Non obſtat † tandem principaliter d. §. ſi à pupillo, verſ. & ideo, vbi I. c. apertè concedit vſucapionem, & denegat Publicianam; quod eſt contra ſupra poſitam regulam: nam vltra varias ſolutiones, de quibus Padilia in l. 2. nu. 30. C. de ſeruitutibus. Mantus, lib. 2. action. cap. 2. pag. 2. reiecto, itidem Cuiacij intellectu ibidem, qui dicit verba illa in d. verſ. & ideo, nempe: *Nec Publiciana competit*, eſſe ſpuria, ac ſuppoſititia, & eſſe contra lectionem Conſtantini Graeci interpretis; periculoſum etenim eſt, & contra fidem omnium librorum, ac etiam Florentinorum, praedicta verba diſpungere, praeſertim cum rectè procedant, vt inferius oſtendemus.

24 Reſpondetur † Primò, text. in d. verſ. & ideo, non decidere, quod caſu quo vſucapio procedit, Publiciana non competat: ſed tantū inquit, quod licet de rigore à furioſo celebrata venditio nulla ſit; & tunc nec etiam de rigore actio de euictione, nec Publiciana competat, nec acceſſio poſſeſſionis, tamen poſtquam vtilitatis cauſa receptum eſt, vt talis venditio cum iuſto facti errore proſit vſucapioni, ſequitur etiam Publicianam competituram, iuxta l. ſed etſi, §. Marcellus, vbi id exprimitur, ff. de Publiciana, & ſicut diximus, quod eo caſu, quo vſucapio locum non habet, ceſſat Publiciana; ita è contrario, quando vſucapio procedit, debet Publiciana locum ſortiri, & ita in priuatis ſcholis reſpondebat inſignis Senator Luſitanus, ac primarius iuris ciuilis profeſſor, & praeceptor meus ſemper colendus, Rodericus Lopez a veiga, qui pace fruatur.

Verum, licet haec interpretatio, vtpote doctiſſimi, ac ſubtiliſſimi viri, non incongrua videatur, attentis nimirum huius materiae generalibus principijs, literae repugnat, ibi: *Conſtitutum eſt, capere vtilitatis cauſa me poſſe, quamuis nulla eſſet venditio; & ideo neque de euictione actio naſcitur mihi, nec Publiciana competit, nec acceſſio poſſeſſionis*; &c. nam ſi text. intelligeret, ſuppoſito, quod venditio de rigore nulla eſt, Publicianam etiam de rigore non competere; ſuppoſito verò, quod ex tali venditione vſucapio vtilitatis cauſa recipitur, debere Publicianam competere, diceret text. per verba ſubiunctiui; *Et ideo neque de euictione actio naſceretur mihi; nec Publiciana competeret*; &c. vt ita videretur illatio proueniens ex illis verbis. *Quamuis nulla eſſet venditio*; vbi I. c. vtitur verbo ſubiunctiui, quod tamen aliter ſe habet, vt patet ex textu.

25 Praeterea, † dicta interpretatio ex eo etiam venit reijcienda, quia non bene infert à venditione nulla, ad excludendam Publicianam; nec id vult I. c. in d. verſ. & ideo: nam Publiciana immediatè regulatur ſecundum vſucapionem, vt ſupra oſtendimus; vnde ſi I. c. a contractu nullo inferret ad excluſionem Publicianae, prius vſucapionem excluderet, quod non ita fecit. Quinimmo, nec ex actu nullo, ſimpliciter

pliciter

pliciter inferendum eſt ad explodendam vſucapionem, & Publicianam; cum in venditione facta ab impubere procedat vſucapio, & Publiciana, & tamen nulla eſt venditio, d. §. ſi à pupillo; Item prædiorum vectigalium nulla eſt venditio nō ſeruatis ſolennibus; & tamē Publiciana competit, d. l. cum ſponſus, §. in vectigalibus, ff. de Publiciana, ergo ex nullitate contractus non ſtatim negari debet Publiciana.

Tandem non eſt credibile, illationem, quā facit I.c. deduci ex verbis in dubitationem allatis, qualia eſſe conſtat illa: *Quamuis nulla eſſet venditio*; non verò ex verbis deciſiuis, quę præcedebant, vt inferius oſtendemus.

26 Pro † vero igitur ſenſu eruendo, reſoluendum eſt, d. verſ. & ideo, non eſſe iungendum cum prædictis verbis, ibi: *Quamuis nulla eſſet venditio*; quia quaſi per parentheſim, & in rationem dumtaxat dubitandi apponuntur: ſed potius cum illis, ibi: *Conſtitit vſucapere vtilitatis cauſa me poſſe*; quaſi dicat, quod cum in venditione, quæ à furioſo fit, deficiant omninò requiſita veræ venditionis, (deficit enim conſenſus, contra princip. Inſt. de obligat. quę ex conſenſu, &c.) non debebat vſucapio ſequi; ſed vtilitatis cauſa receptum eſt, vt tunc iuſtus facti error ſufficiat ad vſucapiendam rem furioſi, contra ipſummet furioſum, qui vendendo dominium transferre non poterat.

Nihilominus tamen cum hęc vſucapio non procedat ſecundum iuris regulas, nec in venditione facta à furioſo eadem detur ratio, quæ in caſu præcedenti, quando ſcilicet emitur à pupillo iam proximo pubertati, (qui ob id, iā pubes exiſtimabatur, & ſola tunc extrinſeca tutoris ſolennitas deficiat) ſed ſola vtilitas id recepit: eadem tamen publica vtilitas non patietur, vt furioſus teneatur de euictione, ſi res aliena ab illo vendita, euicta fuerit: nam ex eo tenetur venditor de euictione: quia habuit animum vendendi, & de facto vendidit; quod omnino deeſt in furioſo, per text. elegantem in l. 2. §. furioſus, ff. de iure codicillorum, iuncta gloſ. ibidem, verbo, nec quicquam. Nec emptore caſu à poſſeſſione cadente, quæ iterum ad furioſum perueniat, contra furioſum competet Publiciana, ex textu optimo in l. vlt. ff. de Publiciana, ibi: *Eiuſque rei argumentum eſt primò æquitas*; &c. nam furioſus ſecundum iuris cenſuram, non eſt eredendus vendidiſſe, iuxta ſupradicta. Nec itidem reclamante curatore furioſi, aut ipſo ſanæ mentis effecto (adhuc poſſidente emptore) acceſſione temporis, qua furioſus poſſedit, ſe tueri poterit emptor ad cōplendam vſucapionem contra ipſum furioſum: quia ius acceſſionis in ſola æquitate conſiſtit, l. de acceſſionibus, 14. ff. de diuerſ. & tempor. præſcript. & in propoſitis terminis æquitas deficit: & ita limitatur §. diutina, verſ. inter venditorem. Inſt. de vſucap.

Atque ita concludimus in d. §. ſi à pupillo, verſ. ſi à furioſo, cauſam vtilitatis publicæ, quę vſucapionem admittebat (vt alias conſiderat Ant. Faber, lib. 1. Coniectural. cap. 18.) deficere omninò in Publiciana, ſecundum propoſitos terminos, hoc eſt contra furioſum; ſicut & in actione de euictione, & in acceſſione poſſeſſionis, quæ in perſona furioſi præceſſerat.

27 Nec iam † obſtabit d. l. ſed etſi, §. Marcellus, aliàs l. eum, qui, in princip. ff. de Publiciana, dum inquit, *eum, qui à furioſo, ignorans eum furere emit, poſſe vſucapere: ergo, & Publicianam habebit*: nam omiſſis alijs diuinatiuis conciliationibus, reſponde cum gloſ. ibidem, verbo, ergo, in vltima ſolutione, d. §. ſi à pupillo, verſ. ſi à furioſo, iuncto verſ. & ideo, procedere reſpectu furioſi, vt videlicet, licet, vſucapio contra ipſum recipiatur, non ita tamen Publiciana, ex ijs, quæ ſupra attulimus. Hic verò loqui I.c. quando emptor non contra furioſum, à quo emit, ſed contra tertium qui poſſeſſionem caſu obtinuit, vti vult Publiciana; quod gloſ. ſuadet elegāti ſimilitudine, ex l. & ſi is, 9. C. de prędijs, & alijs rebus minorum. Sequitur Imola, in d. §. ſi a pupillo, nu. 23. verſ. in gloſ. ſuper verbo, Publiciana.

Quæ ſolutio, mihi vltra quàm quod vera videatur, ex eo inſuper ſuadetur, quod d. verſ. & ideo, loquitur copulatiuè in actione de euictione, quæ ſolum contra venditorē, (qui in d. text. furioſus erat) poteſt competere: & ideo nihil mirum, quod in ijſdem terminis, & Publiciana, & acceſſio poſſeſſionis ſumatur, videlicet contra furioſum. At d. §. Marcellus, vel aliàs d. l. eum, qui, in princip. ſolum meminit Publicianæ, poſt vſucapionem: & ita præſumi poteſt, intelligendum eſſe, quando contra tertium, & non contra ipſum furioſum venditorem intentatur. Cur autem in vno caſu detur, in alio verò ceſſet Publiciana; id procedit ex diuerſitate rationis, quæ à prædictis colligitur.

28 Ex quibus † apparet, quod licet regulariter, tam affirmatiuè, quàm negatiuè valeat argumentum ab vſucapione ad Publicianam, vel è conuerſo, vt expreſſit gloſ. in §. ſed iſtæ quidē, à nu. 16. cum ſequenti, Inſt. de actionibus, cuius reſolutio mihi multum arridet, & eſt regulariter verum, quidquid dicat Bald. in l. nihil, C. de vſucap. pro hærede. & in l. 1. col. 10. C. ſi plures vna ſententia, quidquid etiam dicat Balb. de præſcript. 2. parte, tertiæ princip. quæſt. 12. nu. 9. & Minſynger. in §. namque ſi cui, nu. 48. Inſt. de actionibus, & in negatiuè concepto argumento, quando videlicet non

procedit

procedit vſucapio, non etiam competat Publiciana, vltra text. clarum in l. ſiue, §. hæc actio, ff. de Publiciana, iã ſupra iuribus, & rationibus oſtendimus; In conuerſo uerò negatiuo, an nimirum, quando non competit Publiciana, nec etiam procedat vſucapio; puto quoque regulariter procedere: nam fruſtra diceretur contra aliquem, quaſi vſucaptam rem, quę verè vſucapi nequit: qui autem vtitur Publiciana, quaſi vſucaptum petit, §. namque ſi cui, Inſt. de actionibus.

29 Dixi, † regulariter, in hoc proximo argumento conuerſo negatiuè, propter d. §. ſi a pupillo, verſ. ſi à furioſo, vbi contra furioſum nõ competit Publiciana, & tamen vſucapio procedit, vt ſupra oſtendimus: quod quidem ab ea ſpeciali ratione naſcitur, quòd in terminis d. uerſ. ſi à furioſo, vſucapio introducitur ob vtilitatem publicam, non verò de rigore: & ideo nihil mirum, quod inducta vſucapione ex vtilitate publica, contra iuris regulas, non inducatur Publiciana contra eundem furioſum vendentem, deficiente æquitate, cui Prætor innititur; & in his terminis admitterem ſententiam Balbi, vbi ſupra, quæſt. 8. nu. vlt. & quæſt. 12. nu. 9. vt videlicet indiſtinctè nõ ualeat argumẽtum negatiuè conuerſum, v. g. non competit Publiciana, ergo nec uſucapio. Fallit enim in d. uerſ. ſi à furioſo.

30 Vnde, † ſi in d. verſ. ſi à furioſo, termini uariarentur, nimirum, ut non contra furioſum uendentem ageretur, ſed contra tertium aliquem: tunc indiſtinctè exiſtimo, ſicut uſucapio procederet, ita Publicianam competituram, quod ſat ſuadet d. l. cum, qui, ff. de Publiciana, ut ſupra latè ſumus interpretati.

SVMMARIVM.

Latè igitur de intellectu, & materia l. ſi à Titio, ff. de rei vendicat. l. apud Celſum, §. ſi a Titio, ff. de except. doli, & l. ſi à Titio, ff. de except. rei vendita, & traditæ. à nu. 1. per totum.

Vendita re aliena, quæ poſtea facta fuit venditoris, dominium venditori ſuperueniens non ſtatim, & indiſtinctè transfertur in emptorem. d. nu. 1. & num. 6.

Doctores communiter limitant l. quoties, C. de rei uind. in terminis noſtræ l. ſi à Titio, num. 2. de ratione vide omninò, nu. 10.

Quando duo emunt à diuerſis, alter à non domino, alter verò à domino: iſte poſterior indiſtinctè pręfertur. nu. 4. & nu. 9.

Procurator, qui ante litem conteſtatem domino defuncto ſuccedit, procurator eſſe deſinit, & conſequenter ſtipulatio de iudicatum ſoluendo, extinguitur, nu. 5. & nu. 13.

Explicatur l. ſi ante acceptum, 7. verſ. & ideo, ff. iudicatum ſolui. nu. 5. & nu. 12. cum ſeq.

Quando ab eodem venditore eadem res duobus ſucceſſiuè vendita, & tradita eſt, & venditor poſt primam venditionem dominus rei factus eſt, & ita dominium transtulit in ſecũdum emptorem: prior, cui res adhuc aliena tradita fuit, præfertur in Publiciana, & rem ſecundo auocabit. num. 7.

Venditor, qui duobus ſucceſſiuè eandem rem uendit, & tradit, in poſteriorem emptorem nihil omninò cenſura iuris tranſtuliſſe creditur, quamuis à parte rei tranſtuliſſet. ibidem.

Limitatur l. ult. ff. de Publiciana. nu. 8.

Quando dominus rei habet cauſam ab eo, à quo etiã is cauſam habet, qui Publiciana utitur, dominus rei uincetur. ibidem. ubi tamen declaratur.

Limitatur notabiliter noſtra l. ſi à Titio. ff. de rei vend. nu. 8. ad finem.

Explicatur l. ſi ea res, §. ult. in fine, ff. de act. empti. nu. 9. & 11.

Publiciana non ad petendum dominium, ſed ad auocandam poſſeſſionem competit. nu. 13.

Qui agit rei uendicatione competente ratione uenditionis, debet docere de pretio uenditionis ſoluto. num. 15.

Qui agit Publiciana contra uenditorem eiuſdem rei, ut obtinet, debet docere de pretio ſoluto. à numero 16.

Obiter intelligitur l. ſi quis alii emam rem, ff. de act. empti. ibidem.

Non datur actio ex empto, quin pretium ſolutum, aut aliundè ſatisfactum ſit. ibidem.

Non competit exceptio rei uenditæ, ſi pretium ſolutum non eſt, uel habita fides de eo. ibidem.

Elegans limitatio ad noſtram l. ſi à Titio, & d. l. apud Celſum, §. ſi a Titio. & d. l. ſi à Titio. à numero 17.

Explicatur l. de pretio, ff. de Publiciana, num. 18. & num. 20.

Qui Publiciana utitur contra eum, qui ab eodem uenditore cauſam habet, ut obtineat, docere debet de pretio uenditionis ſoluto, nu. 19.

Quando ab eodem non domino, eadem res duobus ſucceſſiuè uenditur, & traditur: prior emptor obtinebit, quamuis ſecundus poſſideat. nu. 21.

Qui ratione rei ſibi uenditæ, & traditæ, agit Publiciana contra tertium, qui ab eodem uenditore cauſam non habet, non tenetur docere de pretio uenditionis ſoluto. nu. 20.

Explicatur l. ſi debitor, ff. de pignoribus, num. 22. & num. 26.

Quando duobus eadem res ab eodẽ debitore, pignori datur, præfertur poſſeſſor, non uerò cui priori tradita ſit. ibidem.

Quando eadem res à diuerſis non dominis ſucceſſiuè vendita, & tradita eſt duobus, ille præfertur, qui poſſidet. nu. 25.

Explicatur l. ſiue autem, §. ſi duobus, verſ. quod ſi à diuerſis,

Digitized by Google

diuerſis, ff. de Publiciana. ibidem.

Quando illi duo, qui à diuerſis non domini eandem rem emunt, non poſſident: in concurſu Publicia na intentandæ, præfertur ille, cui priori res tra dita fuit. ibidem.

Explicatur d.l. ſi ea res, §. vlt. in primo reſponſo, ff. de act. empt. ibidem.

Quando alteruter ex duobus, quibus eadem res aliena vendita, & tradita eſt, Publiciana citra con curſum vtitur contra tertium, indiſtinctè obtine bit, ſiue ſit prior, ſiue poſterior emptor. ibi dem.

Explicatur communis Doctorum traditio, quæ aſſe rit Publicianam non dari contra titulo poſſiden tem. num. 28.

Publiciana non datur contra poſſidentem titulo pro hærede, nu. 29. Declara tamen, numero 31. in fine.

Titulus pro hærede eſt verus, & iuſtus titulus. ibidem.

Petitio hæreditatis non datur contra poſſidentem titu lo iuſto, nu. 30. Et de ratione, vide nu. 31.

Cur petitio hæreditatis detur contra poſſidentem titu lo pro hærede nu. 31.

CAPVT XVIII.

Ad Vlp. in l. ſi à Titio, ff. de rei vendicatione.

1 ITa ſcribit † Vlp. lib. 16. ad edictum. *Si à Titio fundum emeris Sempronij, & tibi traditus ſit pretio ſoluto: Deinde Titius Sem pronio hæres extiterit, & eundem alij vendiderit, & tradiderit: æquius eſt, vt tu potior ſis: nam etſi ipſe venditor eam rem à te peteret, exceptione eum ſummoueres; ſed & ſi ipſe poſſideret, & tu peteres, aduerſus exceptio nem dominij, replicatione vtereris.* Sibi ſimilis eſt, Vlp. in l. apud Celſum, §. ſi à Titio, ff. de except. doli; & Pompon. omninò concor dat, in l. ſi à Titio, ff. de except. rei venditæ, & traditæ.

Aſſerit itaque Vlp. priorem emptorem præ ferendum eſſe; obſtat tamen text. in l. quo ties, 15. C. de rei vendicat. vbi ille ex emptori bus præfertur, in quem ex traditione transla tum eſt dominium; conſtat autem in ſpecie huius text. dominium in ſecundum emptorẽ tantum fuiſſe translatum, ergo, &c. Proba tur minor propoſitio: nam in terminis huius text. ſupponitur, primum emptorem, cui res tradita fuit, dum erat aliena, vel ante dominij translationem ab illius poſſeſſione cecidiſſe, & iterum ad vẽditorem reuerſam fuiſſe: aliàs enim nulla eſſet dubitandi ratio, cum domi nio translato in primum emptorem, nihil iu ris ramaneret in venditore, quod in ſecundum emptorem traduci potuiſſet, iuxta regulam l. nemo plus, ff. de regul. iuris. Caſu autem, quo eadem res ad venditorem remeabat, non dum facta primi emptoris, dominium in eun dem ipſo iure non transfertur; quamuis penes eum adhuc res extaret, vt expreſſit gloſ. in præ ſenti, verbo, replicatione, & verbo, potius, in l. vlt. ff. de Publiciana; cuius ſententiam infrà la tius probabimus. Igitur res pleno iure fuit in poteſtate uenditoris, qui alij vendens, & tra dens, in hunc ſecundum emptorẽ omne illud plenum ius transtulit, vt ſatis innuit text. no ſter, & iura conformia. Hic ergo ſecundus emptor, vtpotè, prius factus dominus, debet præferri primo emptori, in quem adhuc do minium translatum non erat; & ita obtinere d.l. quoties, C. de rei vendicat.

2 Vnde, † pondere difficultatis oppreſſi Do ctores dicunt, d. l. quoties, limitari in terminis noſtri text. in d. l. ſi à Titio, ff. de rei vendicat. vt videre eſt per Roman. conſ. 270. col. 1. quẽ ſequitur Hyppolit. Singulari 82. Gomez. 2. tomo, cap. 2. nu. 20. verſ. ſeptimo principali ter. Couar. lib. 2. var. reſolut. cap. 19. nu. 7. verſ octauò, qui nullam rationem limitatio nis reddunt, & propterea adhuc perſiſtere vi detur ſuprapoſita difficultas.

3 Nec effugi † poteſt ex eo, quod primo em ptori rei alienæ, ſtatim competijt Publicia na, ſi ex iuſta cauſa, & bona fide rem accepit, l. 1. ff. de Publiciana. §. namque ſi cui, Inſt. de actionibus. Replicatur enim, quod quamquã in Publiciana ille præfertur (data pari cauſa, videlicet, quando duobus eadem res aliena vẽ dita eſt) cui primo loco tradita fuit, in diſpari tamen cauſa, quando nimirum, ex parte primi emptoris datur Publiciana, ex parte verò ſecũ di dominium, & rei vendicatio: non debet prior emptor ſola Publiciana ſuffultus præfer ri ſecundo, qui verè dominium habet, vt pro regula ponunt I. c. in l. penult. & l. vlt. ff. de Publiciana.

4 Accedit † contra noſtrum text. l. ſi ea res, §. vlt. ff. de actionibus empt. ibi: *Sed ſi alter ex nobis, à domino emiſſet: is omnimodo tuendus eſt;* vbi deciditur, quod quando duo emunt à non domino, ille præfertur, qui poſſeſſio nem rei prius apprehendit; quando verò al ter à non domino, alter à domino emit, qui à domino emit, indiſtinctè præfertur, ſiue an te, ſiue poſtea, rei poſſeſſionem fuerit adeptus; At in ſpecie noſtri text. primus emptor à non domino emit, & ſecundus ab eodem iam do mino

mino effecto emit, ergo prę̨ferẽdus videbatur.

5 ·Obſtat † tandem Caius I. c. in l. ſi ante acceptum, 7. ff. iudicatum ſolui, ibi; *Et ideo ſi is, qui procurator datus eſt, hæres extiterit domino, atque ita acceperit iudicium; ſiue etiam prohibitus acceperit, non committitur ſtipulatio;* &c. iunctis verbis præcedentibus, ibi; *Sed oportere etiam cauſam perſonæ eandem eſſe, quæ ſtipulationis interponendæ tempore fuit;* &c. vbi, ſucceſſio hæreditaria, (cum fictione iuris mutet perſonam, text. in Auth. de iure iurando à moriente pręſt. in princip. collat. 5.) mutat etiam obligationem procuratoriam, ergo ſimiliter, & in noſtro textu, ſucceſſio, per quam quis dominium rei à ſe prius vt alienæ venditæ, acquirit (cum tale dominium præſtetur hæredi, prout repræſentat defunctum) efficiet etiam, non ob id denuò poſſe obligari tamquam venditorem dominum, qui tempore venditionis non fuerat.

6 Nec pro † intellectu text. noſtri poteſt conſiderari, quod ſuperueniens dominium venditori rei alienæ, ſtatim ipſo iure transferatur in primum emptorem: nam vltra ſupradicta, cõtrarium tradit gloſ. verbo, conuenit, & verbo, extiterit, in l. cum vir prædium, ff. de vſucap. vbi aſſerit, qui à non domino emit, venditore poſtea domino facto, non aliter tutum eſſe, quam exceptione: & ita ſupponit in venditore vendicationem manere, & conſequenter dominium, l. in rem, ff. de rei vendicat. idem tradit gloſ. verbo, intelligeretur, in d. l. apud Celſum, §. ſi à Titio, ff. de except. doli; & ſatis clarè innuit noſter §. ſi à Titio. ibi; *Aequius vt tu potior ſis;* &c. & ibi: *Aduerſus exceptionẽ dominij;* &c. vbi ſi venditor factus ſit dominus rei, quam vt alienam vendiderat, non fit eo ipſo in emptorem dominij translatio: cum text. dicat venditorem, ſi iterum poſſideat, habere exceptionem dominij; licet per replicationem emptoris (qua venditor adſtringitur obſeruare contractum, iuxta text. in l. ſi quis alienam rem, ff. de act. empt.) elidatur; vt in ſpecie notat Bologninus, & alij, in noſtro textu.

7 Verum † prædictis difficultatibus non obſtantibus, optimè reſpondet Vlp. in noſtra l. ſi à Titio, & ſimilia iura: & vt aptius procedamus, ceſſentque obiectiones, duo caſus diſtinguendi ſunt; Primus eſt, quando ſecundus emptor, in quem dominium translatum eſt, habet cauſam ab eodem venditore, qui prius eãdem rem, quatenus aliena erat, alij tradiderat. Secundus caſus eſt, quando primo emptori res tradita eſt aliena, & eo fortuito cadente à poſſeſſione, res quidem reuertitur non ad venditorem, ſed ad verum dominum, qui eam alij vendidit, & tradidit.

Quod attinet ad primum caſum, reſoluo, quod ſine dubio in ſecundum emptorem in terminis noſtri textus dominium translatum eſt, ex ratione l. quoties, C. de rei vendicat. quod eo vſque in primum non fuerat traductum, vt ſupra oſtendimus; nihilominus tamen, cum ex priori uenditione rei licet alienę, acquiſita eſſet Publiciana in rem actio contra venditorem, etſi dominus poſtea factus fuiſſet, l. ſi a Titio, in fine, ff. de except. rei venditæ & traditæ, l. apud Celſum, §. ſi à Titio, ff. de except. doli, conſequenter etiam eidem competet contra ſecundum emptorem, qui ab eodem venditore cauſam habet, & ita expreſsè decidit noſtra l. ſi a Titio, ff. de rei vendicat. vbi Bart. & reliqui, & d. l. ſi à Titio, & d. §. ſi a Titio.

Ratio huius reſolutionis eſt; quia quando contra venditorem poſtea dominum factum, competit Publiciana, qui agit, rem petit, quaſi vſucaptam, iuxta §. namque ſi qui, Inſt. de actionibus, & latè probauimus in cap. præcedenti, & conſequenter illã petit, vt ſuam, & ex tuitione Prætoris iſtæ primus emptor iam dominus cenſetur; & eo magis, quando uenditor poſtea dominus factus eſt. Vnde, licet attenta ſeueritate iuris, in terminis noſtri tex. in ſecundum emptorem translatum fuerit dominium, nihilominus tamen ex dicta iuris interpretatione, nullum videtur in eum traductum, quaſi iam tempore ſecundæ venditionis non fuerit in bonis uenditoris, vt eleganter oſtendit Vlp. in d. §. ſi à Titio. ibi; *At per hoc intelligeretur, eum fundum rurſus vendidiſſe, quem in bonis non haberet.*

8 Ex quibus † notabilis limitatio deriuatur ad l. vlt. ff. de Publiciana, (vltra alias, quas tradit Cuiac. lib. 10. Obſer. cap. 6.) ubi deciditur, Publicianam non dari, contra dominum rei; vt uidelicet non procedat, quando iſte dominus cauſam habet ab eodem, a quo etiam cauſam habet ille, qui Publiciana experitur: nam ſicut hic contra uenditorem dominum factum obtineret, quinimmo, illum cogere poſſet, vt dominium ſuperueniens transferret, vt notat gloſ. ſcholio vlt. in noſtro textu, bene ſequitur, obtenturum quoque contra ſecundum emptorem, ut rem dimittat, cum in cum uenditor plus iuris traducere nõ poſſet, quam in ſe haberet, l. nemo plus iuris, ff. de regul. iuris. Faciunt, quæ in ſimili tradit gloſ. uerbo, petentis, a medio, in l. ſiue, §. ſi duobus, ff. de Publiciana.

Quod tamen intelligo, quando præfatus rei dominus, dominium habuit immediatè a uenditore communi: alioquin, ſi in ſua perſona formatum fuerit, veluti vſucapione, tunc indiſtinctè obtinebit in iudicio: nec enim habet

bet

bet cauſam a venditore communi, ſed tantum occaſionem: & iterum locum habebit d. l. vlt. & per conſequens notabiliter ceſſabit noſtra l. ſi a Titio, quia tantum loquitur, quando ſecundus emptor immediatè per venditionem dominium a communi uenditore quæſiuit: nõ ita, ſi occaſione venditionis in ſecundo emptore formetur, v.g. vſucapione.

9 In ſecundo † uerò caſu, quando v. g. primus ſemper ab vno non domino cauſam habet, & ſecundus ab altero vero domino: reſoluo priorem emptorem non præferendum poſteriori ab alio, & vero domino cauſam habenti, vt expreſſit Neratius, in l. ſi ea res, 31. §. vlt. in fine, ff. de act. empt. ceſſat enim in hoc caſu ratio ſupra poſita, & uerè militat l. ult. ff. de Publiciana, excipe tamen caſum, quem tradit gloſ. verbo, petentis, ad fin. in l. ſiue, §. ſi duobus, ff. de Publiciana, & uerbo, tuendus, in d. §. vlt.

Quibus præhabitis, iam non obſtant ſupra obiecta; nam ad Primum ex d. l. quoties, re-
10 ſpondetur, † procedere, quando primus emptor ob defectum traditionis, ſolam quæſiuit actionem perſonalem aduerſus venditorem, qui alij poſtea uendidit, & tradidit: non uerò, quando primo emptori ob traditionem ritè factam, quæſita fuit actio realis, qualis eſt Publiciana, iuxta tit. ff. de Publiciana in rem act. & clariſſimè docet Imp. in §. namque ſi cui, iuncto §. præcedenti, Inſt. de actionibus; quæ quidem actio obtinet contra communem uenditorem, & per conſequens, contra eum, qui ab eodem cauſam habet, ad præſciſam rei traditionem; & ita procedit noſtra l. ſi a Titio, ff. de rei uẽdicat. cum ſimilibus, & Bart. vtrobique, quem reliqui ſequuntur; & ita apparet ratio limitationis ad d. l. quoties, quam faciebant ſupra relati Doctores.

11 Non obſtat † Secundum ex d. l. ſi ea res, § ult. ff. de act. empt. quia reſpondetur, eo tantum caſu præferri, qui à vero domino cauſam habet, quando non idem, & communis fuit vtrobique venditor, iuxta ſupra poſitam in ſecundo loco reſolutionem, in qua dumtaxat procedit d. l. ſi ea res, §. vlt. ſecus, quando vnus, & idem duobus vendidit, & tradidit; licet ſecundum iuris rigorem in ſecundum emptorem in tantum dominium tranſtulerit; ex dictis in prioris caſus reſolutione, tradit in ſpecie gloſſa, verbo, tuendus, in d. l. ſi ea res, §. vlt.

12 Vltima † tandem remanebat difficultas ex d. l. ſi ante acceptum, ff. iudicatum ſolui: quã ſupra induximus contrà noſtram l. ſi à Titio, quam etiam ibidem opponit, ſed non ſoluit gloſ. verbo, peteres, in fine: Bart. in eadem noſtra l. ſi a Titio, ad finem, primò reſpondet in d. l. ſi ante, agi de iure perſonali: at in noſtro textu, de iure reali. Sed reijcitur: quia ſicut in noſtra lege, ſucceſſio ſuperueniens venditorem effecit dominum, qui antea non erat: ita in d. l. ſi ante, eadem ſucceſſio hæreditaria veſtiuit procuratorem perſona teſtatoris promittentis, cuius loco reponitur: ergo vtrobique idem operari debebat ſucceſſio, ſi ad repræſentationem veri domini, vel promittentis reſpiciamus, & ideo Bart. iſti ſuæ conciliationi non acquieſcens, ſe remittit ad l. Iulianus, ff. qui ſatisdare cogantur; quæ tamen ad propoſitam difficultatem tollendam nequaquam aptari poteſt.

13 Facilius ſolue, † vt in noſtra l. ſi à Titio, propterea mutatio ſuperueniens in perſona venditoris circa qualitatem dominij, nihil immutat de obligatione, quia tenebatur primo emptori: quia primus emptor, ſolo iure, quod ex traditione rei venditæ acquiſiuit, experitur, vt oſtendit l. 1. ff. de Publiciana, §. namque ſi cui, Inſt. de actionibus: nec cogit venditorem, vt dominium transferat, quod non vt venditor, ſed vt hæres habet: & ita Publiciana ſufficit in hoc caſu, iuxta noſtram l. ſi à Titio, ad finem, quæ non datur ad petendum dominiũ (cum immò ſub colore quæſiti dominij proponatur d. §. namque ſi cui,) ſed ad auocandam poſſeſſionem, à qua caſu ceciderat; qua denuo obtenta à vero domino, dominium in conſequentiam conſequitur. At verò obligatio d. l. ſi ante, cum tractum habeat ſucceſſiuum, ita durat, ſi perſona comprehenſa in ſtipulatione, iudicatum ſolui, non mutetur, vt patet ibi: *Nam, vt committatur, non ſufficere ait, cum ea perſona acceptum eſſe iudicium, quæ ſtipulatione comprehenſa eſt, ſed oportere etiam cauſam perſonæ eandem eſſe, quæ ſtipulationis interponendæ tempore fuit*; &c. Secundum quæ actus iſte ſemper pendet ante acceptum iudicium, hoc eſt, ante litem conteſtatam, quo tempore procurator ex propria perſona dominus liti efficitur. obligatio verò de qua in noſtra l. ſi à Titio, non pendet, ſed ſtatim conſequitur plenarium effectum: & ita nil amplius deſiderat in perſona venditoris, vt reſpectu ipſius, & eorum, qui ab ipſo cauſam habent, tutus ſit emptor. Vnde ſi venditor poſtea factus dominus eamdem rem ſine vitio poſſederit, ab eo tanquam a priſtino venditore, poterit quaſi uendicari per emptorem: nec exceptio dominij, quod ex ſucceſſione denuo ſortitus eſt, obeſſe poteſt, vt aſſerit noſtra l. ſi à Titio, quia tunc ceſſat æquitas de qua agit l. vlt. ff. de Publiciana, nec enim Prætor fictionem iuris ciuilis (ſecundum quam venditor nouus, & alius dominus videbatur per repræſentationem defuncti) voluit conſiderare contra naturalem æquita-

Digitized by Google

æquitatem, qua ductus Publicianam elargitus eſt.

14 Cur autem † noſtra l. ſi a Titio, & d. l. apud Celſum, §. ſi a Titio, ff. de except. doli, & d. l. ſi a Titio, ff. de except. rei venditæ, & trad. ad effectum vt concedant Publicianam priori emptori (cui res tradita fuit) contra ſecundum, requirunt, quod a priori pretium ſolutum fuerit, vel aliundè ſatisfactum; quod idē eſt, iuxta §. venditæ, Inſt. de rerum diuiſ. Cum tamen text. in l. de pretio, ff. de Publiciana, dicat, non eſſe diſtinguendum, an pretium ſolutum fuerit, vel non, ad competendam Publicianam.

Gloſ. verbo, pretio, in noſtra l. ſi a Titio, & verbo, ſoluto, in d. §. ſi a Titio, intelligit, in prę citatis iuribus non denegari Publicianam, quamuis pretium ſolutum non fuerit: quinimmo, id concedi, iuxta d. l. de pretio; Ego tamen contrà puto, videlicet, præcitata iura, dum concorditer meminere pretij ſoluti; præſertim per ablatiuum abſolutum, qui conditionem inducit, l. à teſtatore, ff. de cond. & demonſtr. & latè notatur in Rubr. ff. ſoluto matrim. omninò id requirere ad effectum, de quo agunt; & ideo gloſ. in d. verbo, pretio, ad varias ſolutiones confugit.

15 Vnde † aduerto, quod aut emptor vult agere vendicatione, ſiue excipere de dominio: aut vult agere Publiciana. Si ratione dominij experiatur, pretium indiſtinctè ſolutum eſſe debet, aut habita fides de eo, vt probat l. quoties, 15. C. de rei vendicat. quæ ſic debet intelligi, ibi: *Ad pretium exoluiſſe apud præſidem prouinciæ probaueris*; &c. & ibi notat gloſ. verbo, exoluiſſe, & verbo, pretio, in noſtra l. ſi a Titio, & in d. l. de pretio; & verbo petentis, in l. ſiue autem, §. ſi duobus, ff. de Publiciana; & ita procedit text. in §. venditæ, Inſt. de rerum diuiſ.

Si verò Publiciana experiatur, adhuc diſtinguendum reor, inter caſum, quo intenditur contra venditorem; & caſum, quo intenditur contra aliquem extraneum.

16 In primo caſu † reſoluerem non aliter competere Publicianam, quam ſi pretium numeratum ſit, vel aliàs habita fides de eo, idque licet non probet, notat tamen gloſſa, verbo, pretio, in noſtra l. ſi à Titio. Et ducor ea ratione: quia quando agitur contra venditorē, ſemper refricatur quæſtio venditionis, vt patet ex noſtra l. ſi à Titio, iuncta gloſſa, verbo, peteres, & verbo, replicatione, vbi emptor, qui agit contra venditorem, (qui quidem venditor poſt vēditionem dominus rei fuit effectus) incipit experiri Publiciana; & ad exceptionem dominij, qua venditor vtitur nixus in l. vlt. ff. de Publiciana. replicat emptor de re vendita, quod etiam ſatis ſuadet l. ſi à Titio, ff. de except. rei venditæ; ergo in Publiciana contra venditorem poſtea dominum factum intentata, ſemper refricatur quæſtio venditionis. Venditio autem non parit actionem ex empto, niſi pretium, aut ſolutum fuerit, aut oblatum, ſiue aliundè ſatisfactum, l. ex empto, l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. empt. & ita debet intelligi l. ſi quis alienam rem, ff. de act. empt. dum rei alienæ venditor, ſi poſtea eiuſdem dominus fiat, cogitur implere eō tractum, vt videlicet prius eidem pretium numeratum ſit, vel aliundè ſatisfactum, quod quia fundamentum eſt emptoris, illi incumbit probatio, d. l. quoties, ibi: *Apud præſidem prouinciæ probaueris*, &c. Similiter non parit exceptionem rei venditæ, niſi pretium ſolutum fuerit, d. l. ſi à Titio, ff. de except. rei venditę; nec etiam exceptionem doli, d. l. apud Celſum, §. ſi a Titio, ff. de except. doli.

17 Vnde † cum intentio Publicianæ reſpectu venditoris, contra quem proponitur, terminetur in quæſtionem uenditionis; & actionis inde prouenientis, ſi pretium ſolutum non fuit, vel aliundè venditori ſatisfactum; ſequitur, quod dum res vendita extitit in poſſeſſione emptoris, in illa nullum quæſiuit ius reale, vel quaſi, aduerſus venditorem; & conſequenter nō habuit Publicianam in rem actionem, iuxta tit. ff. de Publiciana in rem act. Et ita, ſi antequam pretium ſolueret, res ad venditorem caſu rediret, emptori ſola actio competeret perſonalis oblato nunc pretio: quæ quidem ſufficiens non erat ad impediendam nouam venditionem alteri faciendam, quæ omninò obtineat, iuxta d. l. quoties, C. de rei uendicat. & ita apparet, pretium neceſſariò fuiſſe ſolutum a priori emptore in terminis noſtrę l. ſi a Titio, & ſimilium, antequam res ad eundem uenditorem reuerteretur. Alioquin poſterior emptor obtineret, ſecundum d. l. quoties, ceſſaretq; noſtra l. ſi a Titio. quippe prior, non ſoluto pretio, nullam ad rem actionem haberet, ſed in perſonam venditoris tantum agere poſſet. Vt igitur contra venditorem poſſet emptor Publiciana vti, duo copulatiuè requiruntur: & quod res ex iuſta cauſa tradita fuerit, l. 1. ff. de Publiciana, §. namque ſi cui, Inſt. de actionibus Iaſ. in §. ſed iſtæ quidem, nu. 34. Inſt. eodem, & quod pretium numeret, vel aliundè ſatisfaciat; quibus interuenientibus, quaſi dominium acquiritur in re uendita, ratione cuius competit Publiciana in rem actio.

18 Nec † obſtabit d. l. de pretio, ff. de Publiciana, vbi Caius inquit: *De pretio vero ſoluto nihil exprimitur; vnde poteſt coniectura capi, quaſi nec ſententiæ Prætoris ea ſit, vt requiratur, an ſolutum*

lutum

Digitized by Google

lutum ſit pretium, an non. Etenim reſpondetur, procedere, quando non intenditur Publiciana contra eum, à quo cauſa habetur, vt infra latius oſtendetur; quo ! obiter tetigit gloſſa, verbo, pretio, in ſecunda ſolutione, in noſtra l. ſi à Titio, ff. de rei vendicat.

19 Pręfata † reſolutio ampliatur, vt etiam procedat, quando ille emptor, qui Publiciana experitur, agit aduerſus eum, qui ab eodem venditore cauſam habet: nam cum iſte ſecundus emptor, ac poſſeſſor reguletur, ac venditor ille communis, & quaſi per circuitum ad ipſum perueniatur, vt ſatis clare docet I. c. in noſtra l. ſi à Titio, & in d. l. apud Celſum, §. ſi à Titio, ff. de except. doli, & d. l. ſi à Titio, ff. de except. rei venditæ, notat aliàs gloſ. verbo, petentis, à medio, in l. ſiue autem, §. ſi duobus, ff. de Publiciana: ſicut Publiciana non competit contra venditorem, quin prius numeratum fuerit pretium in prima traditione rei, ita non competet contra eum, qui ab eodem venditore in poſteriori loco cauſam habet; & ita tenent innominati illi Doctores, quos immeritò damnat gloſſa, verbo, petentis, in l. ſiue autem, §. ſi duobus, ff. de Publiciana.

20 In ſecundo † verò caſu, nimirum quando agitur contra tertium, qui nec venditor eſt, nec ab eodem venditore cauſam habet, ſecurè reſoluendum eſt, Publicianam indiſtinctè cõpetere; nec ei opponi poſſe de pretio adhuc non ſoluto, vt decidit text. in d. l. de pretio, qui in his tantum terminis debet intelligi: nã Publiciana, quæ à Prætore introducta fuit æquitate ſuadente, non contra eum, à quo cauſa habetur (quod inſolitum erat) ſed contra reliquos regulariter conceſſa fuit, vt patet ex l. 1. ff. de Publiciana; vnde nihil mirum, quod d. l. de pretio de ijs, quæ frequenter contingunt, intelligatur: non verò de ijs, quæ raró accidunt, iuxta regulam l. iura conſtitui, cum l. ſequenti, ff. de legibus.

Nec tunc poterit tertius ille vti eadem exceptione non numerati pretij, qua vtitur venditor, vel qui ab eodem venditore cauſam habet, iuxta ſupra poſita: nam quoad tertium, reſpectu pretij non ſoluti, liberas ædes (vt dicitur) habet ille, qui Publiciana experitur, ſecundum regulam l. 4. §. competit, ff. ſi ſeruitus vendicetur; & vel præſumetur ſolutum, vel habita fides de eo.

21 Vt autem † materia noſtræ l. ſi à Titio, ff. de rei vend. plenariè intelligatur, ad inſtar duorum caſuum, quos ſupra in initio propoſui, duæ adhuc ſpecies ſunt conſtituendæ. Prima eſt, quando ab eodem non domino, duobus ſucceſſiuè eadem res vendita, & tradita eſt, quiſnam præferendus ſit? Secunda, quando à diuerſis non dominis eadem res duobus vẽdita, & tradita eſt, quis potior ſit iudicãdus?

Et quod attinet ad primam ſpeciem, clari iuris eſt, quod primus emptor, cui tradita res eſt, ſit præferendus: nam in hoc caſu militant à fortiori eæ rationes, quas ſupra pro intellectu noſtri text. in reſolutione primi caſus propoſuimus, & in terminis eſt text. in l. ſiue autem, §. ſi duobus, in principio, ff. de Publiciana, ibi: *Vt ſi quidem ab eodem non domino emerint, potior ſit, cui priori res tradita eſt*; &c. In quo caſu neceſſarium etiam puto, pretium iam ſolutum eſſe, vel aliũdè ſatisfactum ab eo, cui priori res tradita eſt, aliter enim non habebit realem actionem, hoc eſt, Publicanam, iuxta ſuperius dicta.

22 Obſtat † tamen maximè idem Vlp. in l. ſi debitor, ff. de pignoribus, & Iulianus in l. 1. §. 1. ff. de Saluiano interdicto, vbi ab eodem duobus re pignori data, ille tantũ inter eoſdẽ præfertur, qui poſſidet, nõ verò cui priori data eſt, cũ per pignoris dationẽ ius reale reſultet, l. pignoris perſecutio, ff. de pignoribus; & ita videbatur nihil manſiſſe, quod ſecundo creditori obligandũ foret, & ob id debitor, ſtellionatus nomine punitur, in l. ſiquis in pignore, verſ. ſed extra, iuncto §. 1. ff. de pignorat. act. quæ omnia ſuadent illum præferendum, cui priori res obligata fuit.

Grandis quidem difficultas eſt, verũ euitari forſan poterit, diſtinguendo inter Publicianã actionẽ, & Seruianã, vel Saluianũ interdictũ: nam licet vtraq; ſint remedia realia, vt cõſtat ex dictis, nihilominus tendũt in diuerſos fines: nam Publiciana tendit in finẽ dominij, dicit enim vſucaptũ, quod vſucaptum nõ eſt, §. nãque ſi cui, Inſt. de actionibus. At pignoratitiæ illæ actiones tendunt dumtaxat in ſecuritatem debiti, pro quo perſona debitoris principaliter obligata eſt, & remanet; Vnde cũ in Publiciana principaliter agatur de conſeruando iure quaſi dominij in re, ille pręfertur, qui ſe prius quaſi dominũ eſſe probauerit; implicat enim eodem tempore eſſe duos in ſolidum eiuſdem rei dominos, vel quaſi, reſpectu eiuſdẽ fontis, à quo vterq; cauſam habet, argumento text. elegantis, in l. quod contra, §. vni duo, ff. de regulis iuris. Ceterũ in actionibus pignoratitijs, cũ principaliter agatur ad ſecuritatẽ debiti, pro quo debitor ſemper manet obligatus, nõ verò de iure aliquo proprio conſeruando in re; (cũ dimiſſo priore creditore pignus maneat pro ſecũdo, & ita in infinitũ) ille tantũ interim pręferetur, qui poſſidet, cũ alterius creditoris cauſa principalis, integra, & illęſa maneat, licet nõ ita ſecura, quoad effectum. Cũ igitur in pignoratitia nõ excludatur ius alterius creditoris, immò ſit compatibile reſpectu eiuſdẽ debitoris, ratione multiplicis ęris alieni: nihil mirũ, quod

ille præferatur, qui poſſidet; quia in tali iure pignoratitio omnes creditores ſunt pares, & qui poſſidet, iã habet aliquid amplius reliquis; ergo meritò præfertur poſſeſſor in eo iure, quod penes plures æquè eſſe poteſt: quod non ita eueniebat in Publiciana, reſpectu eiuſdem venditoris, vt ſupra oſtendimus.

23 Quod verò † attinet ad ſecundã ſpeciẽ, quãdo videlicet à diuerſis non dominis eadem res duobus vendita, & tradita eſt, quis ex illis præferendus veniat? in ea maior difficultas eſt: nã Vlp. in d. l. ſiue aũt, §. ſi duobus, verſ. qđ ſi à diuerſis, ff. de Publiciana, decidit, illũ eſſe potiorẽ, qui poſſidet, ſiue ſit ille, cui priori, ſiue cui poſteriori res tradita eſt, vt patet ibi; *Quod ſi à diuerſis non dominis, melior cauſa ſit poſſidentis, quam petentis, quæ ſententia vera eſt*; &c.

Contra verò ſtare videtur Neratius, in d. l. ſi ea res, §. vlt. in primo reſponſo, ff. de actionibus empti, vbi præferendum dicit eum, cui priori res tradita eſt; nihil verò exprimit de poſſeſſore, vt patet ibi; *Siue ab eodem emimus, ſiue ab alio, atque alio, is ex nobis tuendus eſt, qui prior ius eius apprehenderit*; &c.

24 Gloſ. † verbo, apprehenderit, in d. §. vlt. quã ibidẽ ſequuntur Alber. Salicet. & gloſ. verbo, petentis, in d. verſ. quod ſi à diuerſis, rem componit dicendo, quod quando agitur contra tertiũ extraneum, ille præferatur ex duobus, qui à diuerſis non dominis rẽ acceperunt, cui priori tradita fuit, argumento d. l. ſi debitor, ff. de pignoribus. Si verò inter ſe concertent, præferatur poſſeſſor.

Que quidẽ conciliatio, ſi ſupponit extraneũ illum eſſe actorẽ, inutilis eſt: quia ille, qui poſſidet, ſiue ſit prior, ſiue poſterior emptor, ſemper tutus eſt; & quoad illũ extraneũ, qui ſe dominum non oſtendit, liberas ædes habet, l. 4. §. competit, ff. ſi ſeruitus vendicetur. Si tamen agatur contra extraneum, qui poſſidet, & vterque non concurrat, quilibet indiſtinctè vincet, etiã ſi poſterior emptor fuerit, vt eleganter innuit d. l. ſi debitor, ff. de pignoribus, & inferius amplius probabitur: ſi uerò datur vtriuſq; concurſus, & contentio eſt quis ſit præferendus ad agendum, ſemper ille præferetur, cui priori res tradita fuit: quia videlicet, vltra paritatem cauſæ, quã habet cum altero, habet ſimul antiquius ius in re, & tamen tunc contentio eſt inter ipſos emptores, ergo prædicta gloſſæ conciliatio non eſt adæquata.

25 Vnde tutius † concordarem præfata iura, vt nimirum d. l. ſiue aũt, §. ſi duobus, verſ. quod ſi à diuerſis, procedat, quando vnus ex illis, qui à diuerſis non dominis emit, poſſidet rem venditam, alter non; vt tunc præferatur poſſeſſor. At d. l. ſi ea res, §. vlt. procedat, quando neuter poſſidet; ſed quæſtio eſt inter ipſos emptores, quisnam præferendus ſit in petitione aduerſus tertiũ detentatorẽ (contra quẽ quilibet ex illis citra concurſum obtineret, d. l. ſi debitor, ff. de pignoribus) vel ẽt, ſi poſſeſſio ſit in ſequeſtro, iuxta text. in l. licet, verſ. vlt. ff. depoſiti; & tunc dicit Neratius in d. l. ſi ea res, §. vlt. illũ præferendũ, cui priori res tradita fuit, vt patet ibi; *Is ex nobis tuẽdus eſt*; &c. vbi nequaquã meminit alicuius extranei, quaſi illius rõ aliquid operetur (vltra quã id diminutiuũ eſt) ſed tantũ ſpectat, quis ex duobus eiuſdẽ rei traditę emptoribus, pręferendus ſit, dũ inter ipſos agitur, vel de prælatione ad petendam rem, vel de recipiẽda à ſequeſtro, q interim ſolus poſſidebat.

In quo cõſidero vtriuſq; diuerſæ deciſionis eandem eſſe decidendi rõnem: nã in d. verſ. ſi à diuerſis, ꝓpterea præfertur ille q poſſidet, qa in ſe habet idẽ omnino ius, qđ alter habet, & inſuper poſſeſſionem, reſpectu cuius iã potior eſt, ita ẽt inter nõ poſſeſſores, ille cui priori res tradita fuit, habet pro ſe idẽ omnino ius, quod poſterior quæſiuit, & inſuper prioritatem ſui iuris realis, cuius ratione præferendus eſt; argumento tex. in l. potior, ff. qui potiores, cũ alijs.

26 Nec pro † communi gloſſæ conciliatione, quã reprobauimus, facit allegata l. ſi debitor, ff. de pignoribus, quia loquitur, quando ab eodẽ debitore eadẽ res duobus pignori data eſt: & ita ad primã ſpeciẽ ſupra poſitã ꝑtinet, vbi ſpecialẽ eius decidendi rationẽ aſſignauimus. Quinimmo quãuis illius deciſio huc ẽt traheretur: ipſa dum loquitur de extraneo, ſupponit neutrum ex creditoribus poſſidere, ſed extraneum, contra quẽ intenditur pignoris perſecutio: & propterea aſſerit, indiſtinctè alterutrũ in ſolidũ agere poſſe; quia cõtra talẽ extraneũ quilibet obtinere poteſt: non tñ determinat, quis in concurſu præferatur ad agendum, ſi in eo quæſtio ſit. Quando verò dicit, poſſeſſorem pignoris ex creditoribus eſſe pręferendũ, clarè loquitur, quando eſt poſſeſſio penes alterutrũ, & ita non decidit, inter nõ poſſeſſores quis pręferatur ad perſequendum pignus. Ego puto præferendum eum, cui priori res pignori data eſt, ſecũdum iuris principia, in l. qui balneum, in l. potior, ff. qui potiores, vnde apparet d. l. ſi debitor, apertè facere pro noſtra cõciliatione.

27 Adhuc tandẽ † noſtræ cõcordię videtur obſtare d. l. ſi ea res, §. vlt. ibi: *Is ex nobis tuendus*; &c. vbi verbũ illud (*tuẽdus*) videtur ſupponere poſſeſſionẽ, in qua quis defenditur: & ita loqui Neratius in iiſdẽ terminis, in quibus Vlpianus cõtradicit, i d. verſ. qđ ſi à diuerſis. Reſpõdetur tñ, verbũ illud, non tam ad tuitionem poſſeſſionis, quam ad tuitionem iuris pertinere, vt oſtẽdit d. §. vlt. verſ. vlt. ibi: *Is omnimodò tuẽdus eſt*; &c. vbi loquens de eo, qui à vero domino rem emit, dicit omnimodo tuendum: & tamen

Digitized by Google

men tuitio iſta non ſolum proficit illi poſſidenti, ſed etiam agenti: cum verus dominus poſſit rem ſuam vindicare, etiam aduerſus bonæ fidei poſſeſſorem, dum vſucapta non eſt, ergo præcedens Neratij locutio generaliter intelligitur de tuitione iuris.

28 Atque ita † reſoluimus contra illum, qui bona fide rem accepit, interuentu iuſti tituli (qui non reſoluatur in non titulum, qualis eſt, qui habetur ab eodem venditore, reſoluitur enim in non titulum, iuxta ſupra dicta) non competere Publicianam. Vnde iam apparet, in quibus terminis accipienda ſit communis illa Doctorum concluſio, quæ aſſerit, Publicianam non dari contra titulo poſſidentem. Iaſ. in §. ſed iſtæ quidem, nu. 19. Inſt. de actionibus, Alex. in l. rem, quæ nobis, nu. 9. vbi Socin. nu. 12. ff. de acquir. poſſeſs. Gomez. 2. tomo, cap. 2. nu. 20. Latè Afflict. Deciſ. 40. vt videlicet, procedat, quando à diuerſis non dominis eadem res duobus, pluribusue vendita eſt, & ab vno poſſidetur; vt contra iſtum poſſeſſorem Publiciana non proſit.

29 Secundum quæ † non dabitur Publiciana contra poſſidentem titulo pro hæredi: nam poſſeſſio accepta ratione tituli pro herede, Publicianam præſtat, l. ſunt & aliæ, ff. de Publiciana, vbi ita expreſſit gloſ. 1. producit etiam vſucapiendi conditionem, iuxta tit. ff. & C. pro hærede; ex quibus conſequitur iuſto titulo poſſidere, & contra illum non dari Publicianam, ſecundum ſuperius poſitam doctrinam, quidquid perperam contradicat Iaſ. in d. §. ſed iſtæ quidem, à nu. 23. cuius fundamẽtum (vt id obiter dicam, ne aliquem fallat) de-

30 ducitur ex eo, quod † petitio hæreditatis non datur contra titulo poſſidentem, iuxa Bart. & reliquorum doctrinam, per text. ibi, in l. hæreditas, C. de petit. hæredit. Couar. pract. quæſt. cap. 12. nu. 2. Et tamen ex eodem textu & ex l. regulariter, ff. de pet. hæred. conſtat dari contra poſſidentem titulo pro hærede.

31 Quo fundamento † deceptus fuit Iaſ. non aduertens rationem differentiæ manifeſtam inter Publicianam, & petitionem hæreditatis, licet vtraque non detur regulariter contra titulo poſſidentem: nam petitio hæreditatis in hoc tendit, vt actor pronuncietur hæres defuncti, Couar. d. cap. 12. à nu. 1. vbi latè comprobat: quod ſi reus id non inficietur, alleget tamen cauſam, ob quam etiamſi petitor ſit hæres, res ad ipſum petitorem non pertineat; ceſſat omnino iudicium hæreditatis, & recurrendum eſt ad rei vendicationem, cuius occaſione examinabitur titulus rei conuenti, qui tunc manebit directò contrarius, vt eleganter, vt ſolet, comprobat inſignis Couar. d. cap. 12. nu. 2. At ſi titulus, quem reus habet, eſt pro hærede, (licet ſit veriſſimus titulus, vt probauimus) cum tamen ſit directò contrarius petitioni hæreditatis, qua actor intendit pronununciari hæredem, contra illum rectè procedit petitio hæreditatis, qui cum vniuerſalis ſit, & in finem, vt reus pronuncietur hæres, ordinatus etiam eſt ad ſuſcipiendam controuerſiam generalem, quæ in ipſiſſimum finem tendit. Ex quibus colligitur, titulum pro hærede, eſſe verum titulum: ſed ex ſpeciali ratione, (quam proximè aſſignauimus) petitio hæreditatis contra illum procedit, quamuis regulariter non detur contra titulo poſſidentes; quæ quidem ſpecialis ratio cum ceſſet reſpectu Publicianæ, & titulus pro hærede, ſit verus titulus; ſicut Publiciana non datur contra titulo poſſidentes, ita etiam non competet contra poſſidentem pro hærede, dummodo ab eodem non domino titulum hunc hæreditarium non habeat, alioquin, ſicut antiquo poſſeſſori actio competebat contra defunctum, iuxta ſupradicta, ita & contra eius hædem competet, l. nemo plus, ff. de regul. iuris.

SVMMARIVM.

Late agitur de intellectu l. præſes. 27. ff. de re iudicata. à nu. 1. & præcipuè. à nu. 23.

Sententia contra leges, Conſtitutiones, Senatusconſulta, Canonesue prolata, nullius momenti eſt. d. num. 1.

Vſura vſurarum etiam de iure ciuili erant probibitæ. ibidem.

Refertur, & reprobatur communis interpretatio ad d. l. præſes, à nu 2.

Etiam attenta communi opinione, aliquando ſententia ipſo iure nulla eſt, quamuis error iuris non exprimatur in tenore ipſius. numero 3. & numero 32.

Sententia dicitur continere certam quantitatem per relationem ad acta. nu 4.

Leges probibitiuæ aliquando denegant actum ſimpliciter, & abſolutè; aliquando verò ſecundum quid. exempla. à nu. 5.

Lex, quæ prohibet altius certa menſura ædes eleuari, vel impediri proſpectum maris, poteſt remitti ex conſenſu vicinorum, quibus nocet. n. 6.

Differentia inter leges prohibitiuas quoad nullitatem ſententiarum, quæ contra illas feruntur. à nu. 7. & nu. 12.

Sententia directò lata contra leges ſimpliciter prohibitiuas, eſt ipſo iure nulla: quamuis iudex errorem iuris pro fundamento non ſumat. nu. 8.

Explicatur obiter l. 2. C. quando prouocare. ibidem. & nu. 13.

Explicatur obiter Ord. Luſitana, lib. 3. tit. 75. in

 prin-

princip. d. numero 8.

Quando ſententia directò non fertur contra leges, eſt ipſo iure valida. nu. 9.

Sententia directò lata contra leges prohibitiuas, quæ in obliquo caſu deficere poſſunt, non eſt ipſo iure nulla. nu. 10.

Declara tamen, niſi cõtra generalitatem ipſarum pronunccietur, vel in ſententia tollantur circumſtantiæ, in quibus ceſſant. nu. 11.

Explicatur obiter l. 1. §. item cum contra, ibi; Dixerit neque filios; *&c. ff. quæ ſentent. ſine appell. ibidem. ad finem, & num. 26. & de ratione vide nu. 29. ad finẽ, & nu. 40.*

Aſſignatur differentia inter caſus, in quibus iuris error pro fundamento ſententiæ ſumitur, & quando pro fundamento cauſæ, & explicatur, quid ſit iuris error pro fundamento contra leges, & pro fundamento contra ius litigatorum. nu. 14.

Explicatur l. moris, §. ſed enim ſciendum, ff. de pœnis, nu. 15.

Decuriones non poſſunt certis pœnis ſubijci, nec inconſulto principe damnari: quomodo id intelligatur. ibidem.

Aliquando poteſt damnare perſonam priuilegiatam inconſulto Principe, ſi cauſa publica id ſuadeat. ibidem.

Contra ſententiam, quam princeps confirmauit, poteſt appellatio recipi. ibidem, ad finem.

Explicatur l. relegatorum, 7. §. ad tempus, ff de interdictis, & relegati. ibi: Vt non infirmarentur ſententiæ; *&c. à nu. 16.*

Reſcripta Principum regulariter priuatis impetrantibus proſunt. nu. 17.

Sententia lata contra reſcriptum Principis in alium caſum conceſſum, non eſt nulla. ibidem.

Vt ſentẽtia contra ius prolata ſit ipſo iure nulla, oportet, quod ius ſit manifeſtum. nu. 18.

An ſententiæ latæ contra reſcripta in ſimilibus terminis obtenta ſaltem per appellationem ſint reſcindendæ? diſputatur. num. 19. & negatiue reſoluitur.

Reſcriptum ab vno impetratum prodeſt alij, qui permixtam cauſam habet. ibidem.

Sententia lata contra reſcriptum, poſtquam generaliter ad iuris corpus redactum eſt, ipſo iure nulla eſt, nu. 20.

Sententia lata contra reſcriptum à priuatis impetratum, quod eſt declaratiuum iuris communis aliàs obſcuri, eſt ipſo iure nulla: ſi notitia reſcripti ad iudicem permut. nu. 21.

Omni iure attento ſub ratione intereſſe damni emergentis, vel lucri ceſſantis vſuræ debentur. numero 22.

Latè agitur de intellectu l. cum prolatis. 32. ff. de re iudicata. à nu. 27. & præſertim, à num. 38. & num. 41.

Refertur, & reprobatur quædam gloſſæ interpretatio ad d. l. cum prolatis, nu. 28.

Sententia lata contra ſententias aliorum iudicum, non eſt ex eo capite nulla. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam Bart. & aliorum interpretatio ad d. l. cum prolatis, nu. 29.

Sententia lata contra leges extrauagantes notas, eſt ipſo iure nulla. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam Iaſonis explicatio ad d. l. cum prolatis, nu. 30.

Refertur, & reprobatur alia Bart. & aliorum interpretatio ad d. l. cum prolatis, nu. 31.

Sententia lata contra leges multos intellectus habentes, non eſt ipſo iure nulla, ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam Pelini interpretatio ad d. l. cum prolatis. nu. 32.

Quid ſit directò iudicare contra leges à num. 33.

Sententia lata contra leges per ſimilitudinem adductas non eſt ipſo iure nulla. ibidem. cum nu. ſeq. & de ratione, nu. 35. ad finem.

Declara niſi ſimilitudo à lege ſpecialiter fiat in caſu propoſito. ibidem.

Quomodo teneatur iudex iudicare ſecundum leges ſimiles, nu. 35.

Explicatur obiter l. ſi expreſſim, ff. de appellat. ibidem.

Sententia prolata contra legem comprehenſiuam caſus propoſiti, eſt ipſo iure nulla. nu. 36.

Elegans proponitur caſus, in quo ſententia lata contra leges adductas in ſimilitudinem, eſt ipſo iure nulla. nu. 37.

Sententia expreſſim in ipſius tenore lata contra leges, quatenus ſimiles adducuntur, non eſt ipſo iure nulla. nu. 39.

Explicatur cap. 1. extra, de ſent. & re iudic. numero 42.

Latè agitur de intellectu l. qui teſtamento, 37. ff. de excuſat. tutor. à num. 43. & præcipuè à numero 48.

Sententia, quæ exprimit vnum fundamentum repugnans iuris principijs, & omittit aliud verum, & efficax à parte propoſitum in actis, eſt nulla ipſo iure. d. nu. 43.

Refertur, & reprobatur quædam interpretatio ad d. l. qui teſtamento, ibidem. cum numero ſeqq.

Refertur, & reprobatur alia interpretatio ad d. l. qui teſtamento. à num. 46.

Aliud eſt, manere quem obligatum vigore ſententiæ; aliud, non eſſe excuſatum per illam. nu. 47. & nu. 49.

Vitium in ſententia, non ſemper nullitatem, aliquando defectum ſignificat. nu. 50.

Scæuola I. c. ſemper de iure tantum reſpondebat. nu. 51. & num. 49.

CA-

CAPVT XIX.

Ad Modeſtinum in l. Præſes, 27. ff. de re iudicata, & Marcianum in l. cum prolatis, 31. ff. eodem tit. & de conciliatione cum l. 1. §. Item cum contra, ff. quæ ſententia ſine appell. & tandem de intellectu l. qui teſtamento, 37. ff. excuſationibus tutorum.

1 IN ea † quæſtione ſatis decantata; an ſententia lata contra leges, Conſtitutionesue, ſit nulla, contra eam partem, quæ aſſerit nullam eſſe, iuxta text. in l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſententiæ ſine appell., l. 2. C. quando prouocare non eſt neceſſe l. ſi expreſſim, ff. de appellat. cap. 1. extra, de ſententia, & re iudic. ab omnibus ſtatim opponuntur d. l. præſes, & d. l. cum prolatis, ff. de re iudicata.

Et quod attinet ad d. l. præſes, ita ſcribit Modeſtinus: *Præſes prouinciæ in uſuras vſurarum condemnauit contra leges, & ſacras Conſtitutiones; ideoque Lucius Titius contra prolatam ſententiam iniuſtam præſidis appellauit. Quæro, ſi non ſecundum legem Lucius Titius prouocaſſet, an exigi poſſit pecunia ſecundum condemnationem? Modeſtinus reſpondit, ſi in ſententia certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi nõ poſſit.*

Cum igitur ſententia in vſuras vſurarum condemnaſſet, quod legibus, & conſtitutionibus, expreſſè improbatum erat, l. ſi non ſortem, in princip. & in verſ. ſupra duplum, ff. de condict. indeb. l. vlt. C. de vſuris. videbatur ipſo iure nulla eſſe debere, nec indigere appellatione, d. l. 1. §. item cum contra, & conſequenter executioni nullatenus mandari poſſe.

2 Gloſſa † ſecunda in noſtra l. præſes, quam ibidem ſequuntur Alber. Ioannes Imola, nu. 2. & Iaſ. gloſſa itidem verbo, palam, in d. l. 2. C. quando prouocare non eſt neceſſe, quam etiam vtrobique ſequuntur communiter Scribentes, Bart. in l. 1. n. 1. C. de errore calculi; vbi Decius, n. 11. ante finem, Alexand. conſ. 79. col. vlt. lib. 2. Abbas, in cap. 1. n. 6. extra de ſentent. & re iudic. Afflict. deciſ. 28. n. 9. Reſpondent regulam d. l. 1. §. item contra, & d. l. 2. & d. cap. 1. & l. ſi expreſſim, ff. de appellat. procedere, quando expreſſim contra leges pronunciatur in ipſo tenore ſententię: ſecus quando tacitè contra leges pronũciatur: & in hoc ſecundo membro intelligunt noſtram l. præſes; quaſi iudex expreſſim non condemnaſſet in vſuras vſurarum; ſed in eam quantitatem, quæ viſis actis æquiualebat vſuris vſurarum: & ita prædicta verba noſtra l. ibi, *In vſuras vſurarum*; &c. non eſſe Præſidis decidentis, ſed partis allegantis, vt aduertit Iaſ. ibidem, num. primo.

Aliàs enim, ſi Præſes in vſuras vſurarum cõdemnaſſet, (inquit communis interpretatio) non ſolum ſententia eſſet nulla, quod directò pronunciaret contra ius Conſtitutionum, l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſentent. ſine appel. ſed ex capite etiam incertitudinis, iuxta l. penult. C. de ſentent. quæ ſine certa quantit. profer. apud Luſitanos Ord. lib. 3. tit. 66. §. 2.

Sed hic communis intellectus ſuſtineri nequit. In primis, quia diuinat in interpretatione illorum verborum, ibi: *In vſuras vſurarum*; &c. quæ quidem l. c. in quæſtionem vocat, quaſi à præſide prolata, & ubi id aſſerit partem appellaſſe, vt patet ibi: *Ideoque Lucius Titius*; &c. vbi pars contra ſententiam allegabat pronunciationem Præſidis in vſuras vſurarum.

Deinde refragatur idem text. in vltimis verbis, ibi: *Si in ſententia certa quantitas continetur*; &c. vbi l. c. ad oſtendendam nullitatem ſententiæ, non recurrit ad errorem expreſſum in tenore, ſed tantum ad incertitudinem condemnationis, & per contrarium, ad validitatem ſententiæ non expoſcit ſuppreſſionem erroris contra leges, ſed tantum certitudinem condemnationis.

3 Præterea, vt † ipſi etiam communis interpretationis ſectatores agnoſcunt, multi ſunt, quamuis in ipſorum tenore error non fuerit expreſſus, vt recenſet gloſ. vlt. ad finem, in l. 2. C. quando prouocare non eſt neceſ. Abb. in dicto cap. 1. n. 5. extra, de ſentent. & re iudic.

4 Tandem † nihil euincit fundamentum communis intellectus; quod condemnatio in vſuras vſurarum, vtpote incerta, nulla erat: nam hoc ſimpliciter verum non eſt: etenim, ſi aliàs ex actis conſtitiſſet de certitudine, condemnatio certa dicenda eſt, vt clarè conſtituit l. 3. vbi notant omnes, C. de ſentent. quæ ſine certa quantit.

Manet igitur inconcuſſa adhuc difficultas ſupra poſita. Pro ſolutione † præmitte:
5 quod leges prohibitiuæ aliquãdo denegãt actũ abſolutè, ita vt nullo caſu, non vigeat earũ prohibitio: v. g. iuſ dictat, impubes ne teſtetur, l. qua ætate, ff. de teſtam. §. præterea, Inſt. quibus non eſt permiſſ. Hæc prohibitio (ſuppoſito, quod vbiq; vigeat) & impuberem etiam militem comprehendat, de quo infra in lib. 2.

diſputabitur, an teſtari valeat?) nullum caſum excludit. Idem dico, de illis legibus, quæ abſolutè, & indiſtinctè prohibent.

6 Aliquando † verò ita denegant actum, vt in aliqua circumſtantia ceſſent, v.g. filiusfam. ne teſtetur, princip. Inſtit. quibus non eſt permiſſum facere, ceſſat tamen prohibitio, ſi teſtetur de caſtrenſibus, vel quaſi, vt late egimus ſub hoc lib. 1. cap. 5. Dein, ne quis ædes ſuas altius ſtatuta menſura erigat, l. 1. vbi notat gloſ. & reliqui, C. de ædificijs priuatis; vel, ne quis impediat proſpectum maris, Auth. De noui operis nunciatione, maritimi aſpectus, collat. 5. Et tamen ſi vicinus ille conſentiat, cui lex illa prouidet, poteſt domus altius ſtatuta menſura erigi, vel proſpectus maris impediri, vt innuit gloſ. verbo, tollat, in §. 1. Inſt. de ſeruitutibus. innuit text. in l. loci corpus, §. competit, ff. ſi ſeruitus vendicetur, & ita ceſſat difficultas, quam mouebat Minſyng. nu. 13. & reliqui Inſtitutarij, in d. §. 1. & quoad proſpectum maris; & ſatis ſupponit d. Auth. de noui operis, &c. prohibet etiam lex, ne bona eorum, qui ſub cura, vel tutela ſunt, vendantur, vel aliter diſtrahantur, iuxta tit. ff. de rebus eorum, & C. de prædijs minor. ceſſat tamen prohibitio data cauſa æris alieni, l. magis puto, §. ob æs, ff. eodem tit.

7 Inter quas † leges prohibitiuas illa differentia eſt (quod attinet ad præſentem inſpectionem) quod contra leges prioris membri directò lata ſententia, ipſo iure nulla eſt: nec conſequenter indiget appellatione: cum ea ipſo cenſeatur iudex de earum iure iudicare, & locum habet l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. l. 2. C. quandò prouocare, &c. quia nullo caſu earum vis non obligat: in effectu. Abb. in d. cap. 1. nu. 6. extra, de ſententia, & re iudic.

8 Dixi, † directò, vt videlicet iudicis ſententia intendat leges expugnare, quibus ipſe inferior eſt, cap. cum inferior, extra, de maiorit. & obed. v. g. ſi iudex ita pronunciet: quia impubes teſtari poteſt, iudico, &c. vel etiamſi non ſumat pro fundamēto iuris errorem, oſtēdat tamen expreſſim ſe illum ſupponere. v. g. ſi dicat; pronuncio Titium impuberem teſtari poſſe, cum tamen clariſſimi iuris ſit, impuberem teſtari non poſſe, & ita in terminis procedit d. l. 2. C. quando prouocare, quod elegāter diſpoſuit Ord. Luſitana, lib. 3. tit. 75. in princip. ibi: *Direitamente iulgaſſe, que a menor* &c. nam in his terminis de iure legum dicitur iudex pronunciaſſe, cum principaliter contra illas feratur ſententia, alias non ferenda.

9 Attamen † ſi non expreſsè, vel ſuppreſsè contra leges pronunciet directò; ſed duntaxat dicat, pronuncio Titium teſtari poſſe, quamuis in actis à parte allegaretur, & probaretur, Titium eſſe impuberem: non proinde tamen ſententia erit nulla, ſed tantum iniuſta: quia non eſt directo contraria legibus, cum iudex, licet iniuſtè, putare poſſit, vel putandum cenſeat, illum Titium non eſſe impuberem (de quo vtrinque probationes in actis fuerant receptæ) & per conſequens teſtari poſſe; & ita non de iure legum, ſed litigatorum iudicat. & in his terminis neceſſaria eſt appellatio, l. 1. §. item cum contra, verſ. quod ſi de iure ſuo, ff. quæ ſent. ſine appell. elegans gloſ. quæ ita docet, verbo, palam, ad med. in d. l. 2. C. quando prouocare, Abb. in d. cap. 1. num. 7. & ceteri.

10 Quod verò † attinet ad leges poſterioris membri, quamuis contra illas directo proferatur ſententia, non erit ipſo iure nulla, v. g. ſi iudex dicat, pronuncio Titium altius ſtatuta legibus menſura ædes ſuas eleuare; vel pronūcio Titium filiumfamil. teſtari poſſe; vel decerno rem minoris alienari poſſe; Ratio eſt: quia cum iuxta ſupradicta, poſſit dari circumſtantia, in qua lex ceſſet, præſumitur in dubio ob eam taliter iudicatum, cōtra verbū potius, quam contra mentem prædictarum legum.

11 Quod † tamen notabiliter declara, niſi iudex iſtas poſteriores leges in ſua generalitate erronee pro fundamento expreſsè, vel tacitè aſſumpſerit, v.g. ſi dicat: quia altius ſtatuta mēſura, cuiquam licet ædes ſuas eleuare: vel, quia omnis filiusfamil. teſtari poteſt; vel quia res eorum, qui ſunt ſub cura, vel tutela, ſimpliciter, ac liberè alienari ſolo decreto iudicis interueniente poſſunt, iudico Titium ædes ſuas quātum velit erigere; vel teſtari poſſe; vel validā eſſe rerum pupillarium, & ſimilium ſolo decreto interpoſito liberè factam alienationem. At ſi dicat, pronuncio Titium ædes ſuas ad libitum eleuare poſſe, quamuis vicini non ſentiant: vel Titium filiumfam. teſtari poſſe, quāuis non habeat peculium caſtrenſe, vel quaſi: vel res minorum poſſe alienari, quamuis non detur cauſa æris alieni: nam in primo exemplo expreſsè iudicat de iure legum; cum cōtra illas iudicet prout regulariter proponuntur, & ita manifeſte oſtendit, ſe non reſpicere circumſtantiam, in qua leges illæ deficiebant. In ſecundo verò exemplo, licet contra leges expreſsè non iudicet, prout regulariter proponūtur: cum tamen iudex tollat circumſtantias, in quibus ipſæ ceſſabant, tacitè contra ſuam generalitatem pronunciare colligitur, & ita de earum iure iudicare, contra regulam d. l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. ibi: *Dixerit, neque filios, neque ætatem ad muneris excuſationem prodeſſe*; &c.

12 Atque † ita maneat differentia, inter prædi-

ctas leges prohibitiuas; quod ad effectum, vt ſententia ſit ipſo iure nulla contra leges prolata; ſufficiat quidem contra priores directo pronunciare ſaltem tacitè: nec requiratur illarũ oppoſitum pro fundamento accipi; at contra poſteriores requiratur, quod illarum oppoſitũ vel pro fundamento ſumatur; vel ſaltem tollatur caſus, in quo ipſæ non prohibent, aut ceſſant: quia tunc contrarietas manet directa contra ipſorum diſpoſitionem.

13 Ex † quibus patet, d.l.2. C. quando prouocare non eſt neceſſe, vt ſupra dixi, oſtendere, ſententiam contra leges ſimpliciter, & abſolutè prohibitiuas, eſſe ipſo iure nullam; quamuis oppoſitum legum non ſumatur pro fundamento, vt patet ibi: *Potuiſſe defunctum etiam minorem 14. annis teſtamentum facere*; &c. vbi non ſumpſit pro fundamento impuberem poſſe teſtari, etiam minorem, hoc eſt, non obſtante, quod eſſet minor: nam ibidem verbum (*minorem*) non ſumitur in genere, ſed in indiuiduo, hoc eſt, Titium minorem: at quando oppoſitũ legum pro fundamento accipitur, debet ſumi oppoſitum legum in generalitate illa, qua ipſæ leges loquuntur. Verum, quia in cauſa propoſita nullatenus (ex ſuppoſitione) tales leges impuberi teſtari permittebant, ex tali ſententia colligitur tacitè (neceſſariò tamen) error iuris, quo caſu omninò inualida eſt.

14 Nec † obſtant verba d.l. 2. ibi: *Ac per hoc Auiam potiorem*; &c. vbi videtur Imperat. accipere pro fundamento ſententiæ, iuris errorem, & repugnãtiam: Quia reſondetur, talem iuris errorem non eſſe acceptum pro fundamento ſententiæ contra leges, ſed pro fundamento cauſæ contra litigatores, quod diuerſũ eſt: nam licet iuris error, qui pro fundamento contra leges ſumitur, ſit etiam pro fundamento cauſæ decidendæ: non tamen è conuerſo iuris error, qui accipitur pro fundamento cauſæ, eſt etiam ſemper pro fundamento contra leges, conſtitutionesue. v. g. ſi iudex ita pronunciet: quia altius ſtatuta menſura poſſunt aliquando ædes eleuari, iudico Titium ſuas eleuare poſſe: nam cum in dubio præſumatur pro ſententia, & conſequenter iudex, qui ita pronunciauit, reſpexiſſe ad terminos habiles, in quibus valere poterat ædium eleuatio (de quibus in actis facta fuerat mentio) tunc fundamentum prædictæ ſententiæ creditur eſſe, non quidem iuris error, ſed limitatio, & exceptio, & tamen eadem iuris repugnantia nõ ſumitur pro fundamento contra leges; cum eas iudex in ſua generalitate indemnes ſeruet, ac declinet. Voco autem fundamentum cauſæ, quod aſſumitur ad pronunciationem talẽ, vel talem; fundamentum verò contra leges, quod directò, & principaliter tendit in ipſas; licet exinde etiam fundamentum contra ius litigatorum deducatur: ex hoc oritur iniuſtitia; ex illo nullitas ſententiæ, d.l.1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell.

15 Infertur † Secundo intellectus ad text. in l. moris, §. ſed enim ſciendum, ff. de pœnis, ibi: *Nam in primis decuriones in metallum damnari non poſſunt, nec in opus metalli, nec furcæ ſubijci, vel viui exuri, & ſi forte huiuſmodi ſententia fuerint affecti, liberandi erunt. Sed hoc non poteſt efficere, qui ſententiam dixerit; verum referre ad principem debet, vt ex autoritate eius pœna, aut permutetur, aut liberetur.* &c. quibus verbis videtur valuiſſe ſententia contra leges prolata. Quod augetur ex eo, quia nec pronunciare iudex poterat, quin prius principi reſcriberet, ſi crimen graue erat, l. Diui fratres, §. vlt, ff. de pœnis, text. expreſſior in l. 1. §. 1. verſ. ſimili modo, ff. quando appellandum ſit.

Verum reſpondetur, quod dicta lex prohibitiua, quæ in argumentum adducta eſt, non denegat omninò Decuriones, vel ſimiles perſonas præfatis pœnis ſubijci; ſed tantum id nõ regulariter, nec inconſulto principe fieri poſſe, iuxta d.l. 1. §. 1. verſ. ſimili modo, d. l. Diui fratres, §. vlt. cum multis alijs. Aliquando tamen ſi delicti qualitas, & circumſtantiæ ſuadeant, v. g. quando aliter tumultus populi ſedari nequeat, iudex inconſulto principe, & prohibitis aliis pœnis ſubdere poterit (ſi videlicet ſecundum delicti grauitatem id conſentiente principe fieri poſſet) patet ex l. penult. ff. ad legẽ Corneliam de ſicarijs. Et quod aliqua cauſa ſubeſſet in d. §. ſed enim ſciendum, probatur ex eo, quod ibidem inconſulto principe ſententia dicta fuit, quod æque generaliter prohibitum erat, ſicut & prohibitis pœnis afficere, d.l. 1. §. 1. verſ. ſimili modo, d.l. penult. ſuppoſito igitur, quod cauſa ſubeſt, vel ſubeſſe præſumitur ex facto iudicis, nihil mirum, quod ſententia interim teneat, ac valida cenſeatur, præſertim, quia licet ipſo iure ſubſiſtat, non tamen adhuc executioni mandari poteſt, quin principi reſcribatur, qui vel pœnam permutabit, vel omninò tollet, vel confirmabit, d. §. ſed enim ſciẽdum, d.l. 1. §. 1. verſ. ſimili modo. Quinimmo & poſtquam princeps conſultus approbet ſentẽtiam, adhuc damnato appellare licet, nõ quidem aduerſus Principem, ſed aduerſus iudicis calliditatẽ, qua motus Princeps cõfirmauerat, ſententiã, d.l. 1. §. 1. ff. quãdo appellãdũ ſit.

16 Infertur † tertio, ad textũ in l. relegatorũ, 7. §. ad tẽpus, ff. de interdictis, & relegatis, ibi: *Ad tempus relegatis, neque tota bona, neq; partem adimi debere Reſcriptis quibuſdam manifeſtatur*; &c. in hoc verſ. vlt. ibi: *Sic tamen, vt nõ infirmentur ſententiæ, quæ ita ſunt prolatæ*; Conſtat autẽ id

Digitized by Google

id quod principi placet, legis habere vigorem, & conſtitutionem dici: l. 1. ff. de conſtitut. §. quod principi, Inſt. de iure naturali, &c. ſimul etiam conſtat ſententiam probatam contra conſtitutiones ipſo iure nullam eſſe, l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſentent. ſine appel. l. ſi expreſſim, ff. de appellat.

17 Ceterum † reſpondetur, reſcripta principum ad priuatorum preces, regulariter ipſis tã tantum prodeſſe, vt colligitur ex l. 1. C. de diuerſis reſcriptis, & licet aliquando ad preces priuatorum obtenta, perennia eſſe poſſint, quando ad ius reſcribuntur, vt probat l. 2. C. eodem tit. etiam hoc intelligitur reſpectu perſonæ, & rei impetratæ, vt notat Ioannes Faber, in d. l. 2. n. 3. & ideo cum generaliter non promulgentur, nec ſint clauſa iuris corpore: non poteſt imputari iudicibus, qui contra tenorem horum reſcriptorum, quæ in ſimilibus cauſis emanarunt, ſententias tulerant, putantes non fore trahenda in conſequentias, argumento d. l. 1. §. 1. ff. de conſtitut. d. l. id quod principi, Inſtit. de legibus, vnde eorum ſententiæ validæ erunt.

Et quod in his terminis loquatur d. l. relegatorum, §. ad tempus, ſatis liquit ibi: *Reſcriptis quibuſdam manifeſtatur*; &c. vbi I. c. oſtendit, multis reſcriptis conceſſum eſſe, ne relegati ad tempus, bona amitterent. Ex quibus verbis aperte colligitur, non eſſe aliquid generaliter promulgatum: cum tunc vnica conſtitutio ſufficeret, quod textus non dicit, vt oſtendat ad preces priuatorum reſcripta emanaſſe. Quæ cum non ſint generales conſtitutiones, nec conſequenter omnibus notæ (quippe à priuatis impetrantur, & priuatorum lucro principaliter cedunt) nihil mirum quod iudicum pronunciationes contra reſcripta valeant.

18 Quam † interpretationem ſuadet etiam d. l. 2. C. quando prouocare, ibi: *Sententiam contra tàm manifeſti iuris formam datam*; &c. vbi, vt Imperator doceret, quando eſſet nulla ſententia ex eo capite, quod contra leges, conſtitutionesue pronuncietur, meminit iuris manifeſtiſſimi, innuens, quod iuris obſcuri, vel aliqualiter ignoti error in iudice, non erat æquè culpoſus & in ſuprapoſita ſpecie multo minus. Quod iuuat Doctorum traditio, quæ aſſerit, ſententiam eſſe nullam, quaſi contra ius prolatam, quando ius eſt clarum, & manifeſtum, quod tradit Bart. nu. 2. & Alber. in princip. Iaſ. n. 12. Alex. à nu. 8. in l. cum prolatis, ff. de re iudicata. Bald. in d. l. 2. n. 6. C. quando prouocare. Abb. in cap. 1. nu. 9. & nu. 13. extra, de ſententia & re iudic. vbi Felin. nu. 15. Gabriel. lib. Commun. ſub tit. de re iudicata, concluſ. 7. nu. 19. apud Luſitanos Ord. lib. 3. tit. 75. in principio.

19 An autem † d. §. ad tempus, admittat appellationem in ſententijs, quæ feruntur contra reſcripta in alijs cauſis, & ab alijs perſonis obtenta? dubium eſt; & gloſſa, verbo, remittitor, in d. l. 1. §. item cum contra, quæ ſentent. ſine appell. putat non eſſe quidem ipſo iure nullam, appellatione tamen reſcindi poſſe in prædicto capite.

Verum contrarium manifeſtiſſimè comprobat d. §. ad tempus, ibi: *Sit tamen, vt non infirmarentur ſententia*; &c. & ibidem ita tenet, ſibi contraria gloſſa, verbo, quæ ita. cuius opinio mihi verior videtur: nam reſcripta ipſis tantum, qui impetrant, prodeſſe ſolent, vel eis, qui per mixtam cauſam habent, l. 1. C. de diuerſis reſcript. iuncta gloſ. ibidem, verbo, proſpectum, tradit Dec. in Rubr. extra, de reſcriptis, ante nu. 1. Vnde generaliter deduci poteſt, ſententias prolatas contra reſcripta in alijs cauſis, & ab alijs perſonis obtenta, firmas omninò eſſe; quod in fortioribus terminis probat d. §. ad tempus, dum non ſolum aſſerit pronunciatum fuiſſe contra reſcripta, ſed etiam reprehenſas fuiſſe ſententias contra ea pronunciatas, & tamen nõ propterea fore infirmãdas.

20 Declara tamen † ſupradicta, ne procedant. Primò, ſi reſcripta fuerint clauſa iuris corpore, ita vt iã in vniuerſum feratur: nam tunc ſententiæ contra talia reſcripta iam incorporata prolatæ, quaſi contra generales conſtitutiones, ipſo iure nullæ erunt, vt tradit gloſ. d. verbo, quæ ita, & ſatis probatur à ceſſante ratione eorum, quæ ſuprà diximus. Facit, quæ tradit Dec. in Rubr. extra de reſcriptis, ante num. 1. ad finem.

21 Declara deinde, † ne procedant, ſi reſcripta fuerint declaratiua iuris aliàs obſcuri; ipſaque reſcripta nota fuerint, tunc enim ſententiæ aduerſus talia reſcripta prolatæ, ipſo iure nullæ erunt; nam cum hæc reſcripta ius aliàs obſcurum manifeſtum reddant; iudex, qui contra illa pronunciat, iam contra ius manifeſtum pronunciare videtur, & ita ſuccedit regula. d. l. 2. C. quando prouocare, &c. & ea quæ ſuprà prædiximus.

22 Tandè † principaliter aduerte pro ſolutione d. l. præſes, quod licet attento iure ciuili vſuræ vſurarum non debeantur, d. l. ſi non ſortem, ff. de condict. indebiti, d. l. vlt. ff. de vſuris, & omninò ſint reprobatæ à iure Canonico, iuxta totum tit. extra, de vſuris. Vtroq; tamen iure attento, omne intereſſe ſiue damni emergentis, ſiue lucri ceſſantis, deberi & peti poteſt, vt eſt ſatis vulgare, & notatur in cap. ſalubriter, extra de vſuris.

23 Quibus † ita præmiſſis, ſuppone in noſtra l. præſes, ab actore petitas fuiſſe vſuras vſurarum: & à reo prolatas fuiſſe conſtitutiones quę

vſuras

vſuras vſurarum denegabant. replicaſſe actorem de ſuo intereſſe, quod videlicet maximum damnum paſſus ſit ex dilata ſolutione pecuniæ, ad quod reficiendum patebat, vt condemnatio ſequeretur in vſuras vſurarum: & his vel ſimilibus terminis ſuppoſitis, iudicem condemnaſſe reum in vſuras vſurarum, per relationem videlicet ad acta, & ſub ratione eius, quod intereſt. In quo quidem ſententia erat iniuſta; quia forſan intereſſe non erat tanti æſtimandum. Et ita reus appellauit, ſed non legitimè, id eſt, non intra tempus ad ritè appellandum, nec ſeruatis ijs, quæ aliàs ad ritè appellandum requiruntur. Quærebatur an ſententia tranſijſſet in rem iudicatam, & prædicta ſumma actione iudicati peti poſſit. & iam non erat dubium, quin prædicta ſententia mero iure valuiſſet: quia, vt diximus, licet vſuræ vſurarum eſſent prohibitæ, attamen ſub ratione eius, quod intereſt, multo ampliores aliquando peti poterant: & ita præſumebatur iudex pronunciaſſe in caſu limitationis, & in quo prolatæ conſtitutiones non obligabant: vnde neceſſaria erat appellatio ad diſcutiendum intereſſe. Excluſo autem appellationis remedio, ſolum dubitabatur, an prædicta ſententia eſſet inualida ex capite incertitudinis, iuxta l. penult. C. de ſententia, quæ ſine certa quantit. & ita ratio dubitandi proueniebat ex eo, quod in vſuras vſurarum conciperetur, quod incertitudinem continere videtur; & propterea I. c. ſub diſtinctione reſpondet, quod ſi in tali ſententia certa quantitas contineretur, iudicati agi poſſit: ſecus ſi non contineretur. certa autem quantitas contineri dicitur in ſententia, quando per relationem ad acta certificari poteſt, l. 3. in fine, vbi notant omnes, C. de ſententia, quæ ſine certa quantit.

24 Ex quibus † manifeſtè colligitur, in d. l. præſes, duo ventilari; vnum ſuppoſitiuè, alterum expreſſè. Supponebatur quidem, condemnationem in vſuras vſurarum non fuiſſe inualidam ipſo iure, quaſi contra leges, conſtitutionesue prolatam: quia cum ratione eius, quod intereſt, potuiſſent tales leges, conſtitutionesue limitari, ac deficere, idque in actis proponeretur creditur iudex non de earum, ſed de litigatorum iure iudicaſſe: poſſe tamen eſſe iniuſtam; & ob id appellatione indigere, & cum appellatio non fuerit ritè interpoſita, ſententiam firmam manſiſſe: & ita quoad hoc, dubitandi ratio naſcebatur ex iniuſtitia condemnationis. Circa ſecundum totus eſt I. c. an videlicet præfata ſententia executioni mandari poſſit. & ratio dubitandi proueniebat ex eodem capite, quod ſcilicet condemnatio facta fuiſſet in vſuras vſurarum, quæ incertitudinē cōtinere videbatur, & propterea aptè aunectitur I. c. deciſio, dū tm reſpicit incertitudinē.

25 Nec obſtabit † dicere, diuinatiuam videri prædictam ſuppoſitionem: nam id vel alterum ſimile ſupponendum eſt; ita vt principalis dubitatio d. l. præſes, non quidem in repugnantia legum, ſed in ſola incertitudine ſententiæ verſetur: cum ipſa deciſio (vt apparet) ſolam certitudinem, vel incertitudinem reſpiciat, & nihil in legibus clarius oſtendit terminos, in quibus loquantur, quam ratio decidendi: nam contrarium eius, quod deciditur, eſt ratio dubitandi; hæc autem terminos aptat.

26 Colligitur † tandem iam non pugnare d. l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. cum noſtra l. præſes: nam illa loquitur, quando ſententia directo contra leges profertur; & ita de earum iure iudicat. At d. l. præſes, ff. de re iudicata, ſupponit non pronunciari directo contra leges, conſtitutionesve; quinimmo ſupponit cenſeri pronunciatum in terminis, in quibus ipſæ leges, conſtitutionesue deficere poterant; & ita non contra leges, ſed potius contra ius litigatorum pronunciatum: vnde nihil mirum, quod appellatione opus ſit, aliàs ſententia tranſibit in rem iudicatam, niſi ratione incertitudinis inualida ſit cenſenda.

Succedit nunc Marcianus lib. 3. cognitionum, in l. cum prolatis, 31. ff. de re iudicata.

27 VBi † ita ſcribit: *Cum prolatis conſtitutionibus contra eas pronunciat iudex, eo quod non exiſtimat cauſam, de qua iudicat, per eas iuuari: non videtur contra conſtitutionem ſententiam dediſſe; ideoq; ab huiusmodi ſententia appellandum eſt: alioquin rei iudicatæ ſtabitur.*

Quibus verbis decidit I. c. ſi iudex pronunciet contra leges, putans cauſam agitatam per eas non iuuari, ſententiam ipſo iure valere, indigereque appellationis remedio: & ita obſtat l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. cum ſimilibus. vbi eo ipſo, quod ſententia profertur contra leges, ipſo iure nulla eſt, nec indiget appellatione.

28 Accurt. † in d. l. cum prolatis, variè intelligit: & in primis notat in alia litera reperiri *cognitionibus* non vero *conſtitutionibus*, & ita interpretatur iudicem non teneri ſequi aliorum iudicum ſententias, l. nemo, C. de ſententijs, & interloc. Verum hæc interpretatio exſibilanda eſt (quamuis verum aſſumat) in primis, quia omnis litera vulgaris, & ſincerior, vtitur

verbo,

Digitized by Google

verbo, *conſtitutionibus*. Itidem nulla iam eſſet dubitandi ratio, ſi de cognitionibus loqueretur, hoc eſt de ſententijs aliorum iudicium, iuxta d. l. nemo, & maneret lex de indubitabili contra regulam l. quod Labeo, ff. de Carb. edict. quod tamen noſtra l. cum prolatis, maxime abhorret; cum ex eo, quod pro ratione dubitandi id adduxit: tum etiam propter verba ſequentia, ibi: *Non videtur contra conſtitutionem ſententiã dediſſe*, &c. ex quibus apertè colligitur, in initio de conſtitutionibus, non verò de cognitionibus loqui.

29 Præterea, non † ſoluũt difficultatem Bart. Angel. & alij, in noſtra l. cum prolatis, quatenus dicunt, quod conſtitutiones, quarum ibi fit mentio, ſint extrauagantes; & conſequenter ſententia contra illas prolata, non ſit ipſo iure nulla. Sequitur plures referens Abb. in cap. 1. nu. 12. extra, de ſententia & re iudic. & ita Ioannes Imola, in noſtra l. cum prolatis, audacter dicit, quod ſententia contra tenorem legis extrauagantis prolata, non ſit ipſo iure nulla. Sequitur tandem Caſſadorus ſuper Regulis Cancellariæ, deciſ. 7. nu. 5. & deciſ. 12. n. 3.

Nam hæc communis interpretatio (vt Imola proponit, & reliqui fere ſequuntur) eſt diuinatiua, violans literam, & in ſe falſa, diuinat; quia text. nullum verbum profert, vnde colligatur, eſſe legem potius extrauagantem, quã redactam ad iuris corpus. Violat etiam, & in ſe falſa eſt, quia licet lex ſit extrauagans (dummodo nota ſit iudici, vt fuit in d. l. cum prolatis, cum à patre proferretur) contra ipſius tenorem non poteſt ſententia ferri ſine vitio nullitatis: nam ratio, ob quam text. in l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. docet indiſtinctè eſſe inualidam ſententiam, quæ contra leges, conſtitutioneſue pronunciatur, eſt, quia lex eſt ſuperior iudice, & ita ſecundum illam, non verò de illa iudicare poteſt. Hæc autem ratio æquè militat in lege extrauagante, quæ à iudice profertur, ſicut in qualibet alia, ergo, &c.

30 Nec rurſus † ſoluit difficultatem Iaſ. in d. l. cum prolatis, nu. 5. vbi putat text. ibi loqui de conſtitutionibus extrauagantibus, quibus iudex fidem non adhibuit, nec exiſtimauit in ſe validas. Contrarium namque conſtat ex textu. nam text. & iudex putauit eſſe in ſe veras, ac validas, ſed tamen non exiſtimauit per illas cauſam iuuari, quod longe aliud eſt.

31 Non etiam † tollit difficultatem ſecunda interpretatio Bart. in noſtra l. cum prolatis, dum putat loqui de conſtitutionibus plures intellectus habentibus; quem ibidem ſequitur Imola, n. 1. & n. 3. & ſequuntur reliqui, Abb. etiam in d. cap. 1. nu. 9. extra, de ſent. & re iudic. nam licet verũ ſit quod ſententia lata cõtra legem obſcuram, & varias interpretationes ferentem, ipſo iure valida ſit, vt etiam ſupra notauimus: textus tamen hic iſtam expoſitionem non patitur, cum generaliter loquatur; præſertim, cum dicat iudicem contra conſtitutiones pronunciaſſe: non autem bene diceretur contra illas pronunciatum, niſi certæ eſſent de intellectu; verum cum in eo caſu ſpecificè non loquerentur, putauit iudex illis cauſam non iuuari, vt inquit text. & ob id contra illas pronunciauit: cum tamen facerent multum pro cauſa, & ſecundum illas iudicandum eſſet, iuxta regulã l. non poſſunt, ff. de legibus.

32 Tandem † non ſatisfacit Felin. in d. cap. 1. nu. 9. extra, de ſent. & re iudic. vbi reſoluit propterea, in noſtra l. cum prolatis, ſententiam tenuiſſe contra leges pronunciatam, quia iudex non expreſſit errorem in tenore ſententiæ. Verum, contra ſtat Abb. ibidem, n. 5. & ſupra oſtendimus non ſemper requiri, vt in tenore ſententiæ exprimatur iuris error, ad effectum, vt ſententia contra leges lata nulla ſit. Deinde text. hic, dum dicit ſententiam ipſo iure validam, non reddit rationem ex eo, quod non exprimatur iuris error in tenore ſententiæ, ſed potius ex eo, quod iudex non exiſtimauit cauſam per illas iuuari. Præterea, text. hic non loquitur de conſtitutionibus ſpecificè loquentibus in caſu iudici propoſito, non enim eſſet adeo craſſus iudex, vt prolata conſtitutione expreſſa quoad cauſam propoſitam, exiſtimaret per talem conſtitutionem non fore decidendum, aut ſaltem iuuandum; & ſi conſtitutio non eſt in terminis, quamuis iudex in tenore ſententiæ expreſsè dicat, non obſtante tali conſtitutione, contrarium eſſe decidendũ, adhuc ſententia eſſet ipſo iure valida: vt ex Innoc. tradit Ioannes Imola, in noſtra l. cum prolatis. Denique text. hic dicit iudicem contra tales conſtitutiones pronunciaſſe, ergo manifeſtè innuit, earum in ſententia meminiſſe, exprimendo illis cauſam non iuuari, vel illis non obſtantibus, &c. ſi enim earum aliqualiter non meminiſſet, ſaltem implicitè in ſententia nõ diceretur contra illas pronunciaſſe, ergo, &c.

33 Pro † intellectu igitur noſtræ l. cum prolatis, & concilatione cum l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. aduerte, quod iudex qui iudicat contra leges quæ per ſimilitudinem adducuntur ad caſus propoſiti definitionem, contra illas non cenſetur directò iudicare: nã directò pronunciare contra leges, eſt de earum iure iudicare: de earum verò iudicare tunc intelligitur, quando de ipſarum vi pronũciat: vis autem legem cõſiſtit in ijs terminis in quibus emanarunt, & ideo, qui pronunciat contra leges adductas per ſimilitudinem, non pro-

pronunciat directò contra ipſas leges, ſed contra ſimilitudinem: & conſequenter non iudicat de earum iure, vt requirit d. l. 1. §. item cum cōtra: Nam ſimilitudo fit ab homine, & propterea in ea non conſiſtit natiua potentia legis. Vnde ſi a lege extenſio fieret vnius conſtitutionis à terminis, in quibus emanauit, ad alios ſimiles, in his conſtitutio non quidem ſimilis, ſed potius ſpecifica diceretur; & contra talem extenſionem à lege factam inutiliter iudex pronunciaret, cum verè, ac directò contra legem iudicet: quippè in caſu extenſo propria vi militat.

34 Concludo † itaque, quod qui pronunciat contra leges ſimiles, prout ſimiles proferuntur in iudicium, directò contra ipſas non pronunciat, nec de earum iure: & ſat patet, quia iudex tunc non dicit leges non vigere in ſuis terminis, ſed tantum dicit non facere pro parte proferente: quod arbitrio iudicis relinquitur: nam vt leges ſimilibus terminis aptentur, pendet ex circumſtantijs, quæ cum deficere poſſint, vel non aptè probari, in arbitrio iudicis relinquitur, an per illas cauſa propoſita ſit decidenda, vel non: & ideo licet iudex iniuſtè pronunciet arbitrando cauſam illis non iuuari, ſententia mero iure valet, quamuis iniuſta eſſe poſſit, & indigeat appellatione. In effectu hanc etiam ſententiam tenuit, licet nō ita explicet, Bald. in l. 2. nu. 7. C. quando prouocare. Felin. in d. cap. 1. extra, de ſent. & re iud. nu. 15. verſ. limita 9. & ibi Abb. n. 14. vbi plures refert. Innoc. quem refert, & ſequitur Imola, in noſtra l. cum prolatis, n. 1. in fine, Gabriel. lib. 1. communium, tit. de re iudicata, concluſ. 7. nu. 21.

35 Nec obſtabit, † quod iura dictant, vt ſecundum ſimiles leges iudicetur, l. non poſſunt, ff. de legitimis tutor. Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 67. nu. 11. Ord. Luſitana, lib. 3. tit. 69. in princip. in vltimis verbis. Reſpondetur enim, agnoſcendo quidem iudicem teneri iudicare ſecundum leges ſimiles, cum tamen ſimilitudo iſta non obliget ſimpliciter (quando à lege non fit,) ſed tantum ex arbitrio, & præhabita ratiocinatione partis, & iudicis; ſi iudex craſsè, aut iniquè dicat, caſum propoſitum non iuuari per prolatas leges, aut conſtitutiones, videtur tunc euitari vis legum ſimilitudinaria: & ſententia iniuſta dumtaxat manebit, & conſequenter indigebit appellatione. Etenim tunc de iure ciuili (vt notauimus) dicitur ſententia nulla, quaſi contra leges prolata, quando directo contra illas profertur, & de earum iure iudicatur, l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. reſc. hoc autem requiſitum non verificatur in legibus in ſimilitudinem adductis: quia cum illis non obſtantibus iudex contra pronunciat, earum ius, & robur in terminis terminantibus illæſum, & illibatum relinquit. Et ita ſentit Ord. Luſitana, d. lib. 3. tit. 75. in princip. & clarè determinat I. C. in l. ſi expreſſim, ff. de appell. ibi: *Non iure profertur ſententia, ſi ſpecialiter contra leges, vel Senatusconſulta, vel Conſtitutiones fuerit prolata;* &c. id eſt, ſi fuerit prolata contra leges ſpecialiter in terminis loquentes; aliàs, ſi proferatur contra leges, non ſpecialiter, ſed ſimilitudinariè loquentes, non erit ipſo iure nulla. Quod merito conſtitutum eſt ſuadente publica vtilitate: nam ſi quælibet ſententia, quæ contra leges in ſimilitudinem adductas profertur, quaſi illis cauſa non iuuetur, eſſet nulla ipſo iure, nec in rem iudicatam tranſiret, perpetuis litibus vexaretur Reſpubl. liteſque ex litibus orirentur, contra regulam l. ſingulis; 6. ff. de except. rei iudicatæ, parumque prodeſſet terminus à iure aſſignatus ad appellandum: nam ſemper, & vbique ſententia, quæ tranſacto appellandi tempore in rem iudicatam trāſire debebat, refricaretur quaſi inualida, & nulla, ex eo, quod contra leges ſimiles fuerit prolata: cum tamen nulla fere cauſa ſit, quæ ſimili aliqua lege non iuuetur, ſaltem ex inductione, & prolatione partium.

36 Hac autem † intelligimus de lege ſimili, vel extenſibili ex paritate, vel maioritate rationis, quod quidem pendet ex varijs circumſtantijs, quæ regulariter iudicis arbitrio relinquuntur: non tamen de lege comprehēſiua, hoc eſt, quæ comprehendit ſub ſua deciſione caſum propoſitum, argumento text. in l. cum lege, & quæ ibidem notantur, ff. de teſtamentis: nam iudex, qui contra legem cumprehenſiuā caſus propoſiti iudicat, nulliter pronunciat; & locum omninò habet d. l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. Quod tamen declarandum eſt, quando caſus propoſitus clarè comprehenditur ſub lege prolata, iuxta regulam l. 2. C. quando prouocare, &c. & ea, quæ ſupra tradidimus.

37 Aduerterem † tamen, vno caſu contra leges in ſimilitudinem adductas ſententiam prolatam poſſe eſſe ipſo iure nullam: ſi videlicet quis in ſimilitudinem cauſæ propoſitæ afferat legem, quæ aperte conſtituit, impuberem teſtari non poſſe, vel quid ſimile; & iudex pronunciet, cum impubes poſſit teſtari, male adductam talem legem ad iuuandam cauſam propoſitam, tunc erit ſententia ipſo iure nulla: nam in hoc caſu non tam iudicat contra ſimilitudinem, quam contra originem ſimilitudinis, quæ eſt lex clara, & aperta: & ita directo contra leges in ſuis terminis militantes videtur pronunciare: & conſequenter apparet, non iudicaſſe ſecundum illam ſimilem legem, non

quaſi

quaſi putaret cauſam per illam non iuuari: ſed potius, quia per errorem credidit adductã legem, in proprijs terminis non vigere: à contrario ſentientem, quod ſi verum eſſet, quod in lege dicebatur (vt erat) ſecundum illam pronunciaturum.

38 Quibus præhabitus, iam † patet intellectus ad noſtram l. cum prolatis, vt videlicet intelligatur dumtaxat loqui de conſtitutionibus, quę per ſimilitudinem à litigatoribus proferebantur ad cauſæ definitionem. Quod ex eo palam fit, quia abſurdum videbatur dicere, illas conſtitutiones eſſe certas de intellectu (vt profectò certæ erant, & ſupra probauimus) & inſuper emanaſſe in proprijs terminis, de quibus agebatur: & nihilominus iudicem ita craſſum, & ſupinum eſſe, vt putaret caſum emergentẽ non fore ſecundum illas decidendum. Deinde probatur, quia text. dicit, quod iudex exiſtimauit cauſam illis non iuuari, quaſi innuens, ad iuuandam cauſam dumtaxat prolatas fuiſſe. Quod cum ita eſſet, optimè reſoluit I. c. in noſtra l. cum prolatis, non videri contra conſtitutionem prolatam iudicatum, quando per ſimilitudinem, & ad iuuandam cauſam adducebatur, ex ijs, quæ latè prædiximus; & ita notat in terminis Bald. in d. cap. 1. n. 14. extra, de ſent. & re iud. vbi plures refert; in ſpecie Imola (qui tamen non explicat) in noſtra l. cum prolatis, nu. 1. in fine. Decius, in l. vnica, n. 10. C. de errore calculi. Vnde ratio dubitandi in d. l. cum prolatis, naſcebatur ex obligatione, qua iudex adſtringebatur, ad iudicandum ſecundum leges ſimiles.

39 Ex quibus Primo infertur, quod † licet in d. l. cum prolatis, iudex in tenore ſententiæ exprimat, prædictas leges non iuuare cauſam propoſitam, non ob id ſententia ipſo iure nulla erit: immo dico, in d. l. cum prolatis, expreſſum fuiſſe in tenore ſententiæ ſecundum illas non fore pronunciandum: reddita ratione, quod illis cauſa non iuuaretur, & moueor ex eo, quod text. meminit iudicis exiſtimantis illis conſtitutionibus cauſam non iuuari: hoc autem cum facti ſit, & ex animo iudicis pendeat, debebat conſtare ex tenore ſententiæ; igitur, &c.

40 Infertur † Secũdò, conciliatio ad d. §. item cum contra; nam vt patet, loquitur, quando iudex pronunciat contra leges, conſtitutionesue, & ita de earum iure: hoc autem, iuxta ſupradicta, ſolum habet locum, quando contra leges in cauſa propoſita ſpecialiter loquentes iudex pronunciaret: at noſtra l. cum prolatis, loquitur de legibus per ſimilitudinem prolatis, de quorum iure nunquam iudex iudicat; cum immò agnoſcat in ſuis terminis uerè obligare, ac militare; ſed tantum iudicat de ſimilitudine, & cum arbitraria ſit, vt diximus, quãuis iniuſtè pronunciet, ſententia valida erit ipſo iure, & indigebit appellatione.

41 Sed prædictæ † interpretationi ſubtiliter replicabit quis ex eadem noſtra l. cum prolatis, ibi: *Contra eas pronunciat*, &c. quæ verba oſtendere videntur conſtitutiones fuiſſe expreſſas in caſu propoſito, & ob id cõtra eas iudicatũ dici aũt quod cõtra ſimiles leges iudicatur nõ videri iudicatũ contra ipſas Cõſtitutiones, ſed contra ſimilitudinẽ. Verũ reſpondetur, quod cũ uidex teneatur ex ſimilibus legibus iudicare, iuxta d. l. non poſſunt, ff. de legibus, vt prædiximus, etiam contra Conſtitutiones iudicatum dici poteſt, quod contra ſimiles iudicatur: etenim, voluit legiſlator, vt ſecundũ ſimilitudinẽ obligarẽt, & cauſæ deciderẽtur. Hoc tñ procedit, quando iudici viſum fuerit ſimilitudinẽ in cauſa propoſita militare: vnde ſi iniuſtè, aut præpoſterè, ſiue per ignorantiam putet illis cauſam nec iuuandam, nec definiendã, ſententia non erit quidẽ nulla ipſo iure, ſed potius iniqua, & iniuſta, & propterea appellatione eget.

42 Ex quibus hucuſque ab initio deductis, iam patet, quomodo † ſit enucleanda Summi Pontif. deciſio in cap. 1. extra, de ſent. & re iudic. quæ generaliter tantum dicit, ſententiam eſſe ipſo iure nullam, quæ contra Leges, Canonesue prolata fuerit, vt videlicet intelligatur, quando directò contra leges pronunciatur, & de earum iure in proprijs terminis iudicat.

Quod autem d. cap. 1. aſſerit, ſententiam prolatam contra Canones eſſe ipſo iure nullam, debet intelligi in terris ſubiectis iuriſdictioni Pontificiæ (ſi ſimus extra materiam peccati) vel in quibus ſtatur iuri Canonico; quod ſimiliter procedit in legibus Imperialibus Romanis.

43 Prædictorum † occaſione ſe offert difficile Scæuolæ reſponſum, in l. qui teſtamento, 37. ff. de excuſat. tut. vbi ita ſcribit: *Qui teſtamento tutor datus fuerat, adito Prætore dixit, ſe tres liberos habere; adiecit præterea, habenti patruum legitimum tutorem, ſe vitiosè tutorem datum. Prætor ita decreuit; ſi legitimum tutorem habenti, tutor datus es, non eſt tibi neceſſaria excuſatio. Quæro cum nemo patruus impuberi tutor eſſet, an nihilominus tutor remanſit? Reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, quamuis iuſtam cauſam excuſationis haberet, non tamen excuſatum eſſe, propter vitium pronunciationis*; &c.

Ex quibus verbis communiter colligitur, pronunciationem de qua hic, fuiſſe ipſo iure inualidam. Et ratio deſumitur ex communi gloſ. doctrina, ſcholio vlt. in l. ſi is, ad quem, ff. de acquir. hæred. vbi Iaſ. nu. 27. plures ſectatores refert. Sequuntur etiam Innoc. & Abb.

Digitized by Google

Abb. n. 8. & alij in cap. in præſentia; extrà, de renunciatione. Communis ex Tiraquel. tract. Ceſſante cauſa n. 20. videlicet, non valere ſententiam, quando iudex vnum tantum fundamentum aſſumit, quod eſt contrarium iuris principijs; quamuis actor, vel reus niteretur altero etiam veriſſimo, ac vtiliſſimo fundamento. Et cum in d. l. qui teſtamento, tutor duplex ſundamentum propoſuiſſet, vtile alterum, alterum verò inutile: & iudex proferet ſententiam ex inutili, ſequitur ipſo iure inualidam fore. Inutile autem, ſeu potius repugnans iuris principij fundamentum erat, quod tutor teſtamento dari non poſſit, ſi legitimus ſupereſſet, cum immo certum eſſet, poſſe teſtamento dari, princip. Inſtit. de legitima agnatorum tutela. Vnde iudex contra tam apertam iuris regulam pronuncians, inutiliter omninò iudicat, iuxta l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſine appell. l. 2. C. quando prouocare.

44 Quamuis autem prædicta † communis doctrina in ſe vera ſit: attamen inde deriuata interpretatio ad d. l. qui teſtamento, ſuſtineri nequit: nam ex litera non conſtat, tutorem adito Prætore dixiſſe, ſe eſſe teſtamento datum; quinimmo id tacuit; & non ſolum tacuit, ſed inſimul expreſſit poſterius fundamentum, quo manifeſtè oſtendit, ſe non fuiſſe teſtamento datum (idque aut per errorem, aut per malitiam) dum ſubiecit, quod habenti legitimum tutorem, non deberet tutor dari. Ex quo Prætor coniectatus eſt, illum eſſe potius datiuum, quam teſtamentarium tutorem: cum poſterius illud ſundamentum dumtaxat militet in datiuo tutore; princip. Inſt. de Attiliano tut. l. ſi ſororis, C. qui tutores dare, & ideo Prætor pronunciauit, habenti legitimum, non eſſe alium tutorem dandum: nec conſequenter neceſſariam eſſe excuſationem.

Præterea, Prætor non pronunciauit, legitimum tutorem habenti, non poſſe teſtamento alium dari, ſed tantum aſſeruit, legitimum habenti, non eſſe alium dandum; intelligens de datiuo, & per conſequens, non eſſe neceſſariam excuſationem, iuxta princip. Inſtit. de Attiliano tutore.

45 Item ſi I. c. exiſtimaret, ſententiam † de qua ibi, eſſe nullam, quaſi contra leges latam, non diceret ibi: *Quero cum nemo patruus impuberi tutor eſſet*, &c. tacitè innuens, quod ſi legitimus adeſſet, ſententiam ipſo iure valere, appellationeque indigere, vt reſcinderetur: alioquin præpoſita verba omninò eſſent inutilia, & ſuperfluo adiecta: cum tamen certum eſſet, quod ſi Prætor pronunciaret habenti legitimum tutorem, non poſſe teſtamento alium dari, ſententia omninò, & indiſtinctè eſſet ipſo iure nulla.

Nec tandem pro prædicta interpretatione faciunt illa verba, ibi: *Propter vitium pronunciationis*, &c. quia non denotant, nullitatem ipſo iure, quaſi contra leges pronunciatum eſſet, vt inferius oſtendimus.

46 Secunda interpretatio, quæ † ab aliquibus adducitur, eſt, ſententiam, de qua ibi, fuiſſe validam, & tutorem obligaſſe. Proptera tamen non habuiſſe effectum excuſandi, quia vt inquit gloſ. ibidem, verbo, pronunciationis, in vltima ſolut. fuit prolata ſub conditione falſa: & ob id vitioſam manſiſſe, neque excuſaſſe; quod autem eſſet ſub conditione falſa, patet ibi: *Cum nemo patruus impuberi tutor eſſet*; &c.

Verum hæc interpretatio deterior eſt, & nequaquam ſuſtinenda; nam licet fateamur, ſententiam non fuiſſe nullam, quaſi contra leges latam, abſurdum tamen eſt dicere, quod ex tali ſententia manſit obligatus tutor, cum ipſa ad obligandum tenderet, vt ibi: *Non eſt tibi neceſſaria excuſatio*, &c. iuncta regula legis, legata inutiliter, ff. de adimendis legatis. Deinde, ſi tutor ex viribus præfatæ ſententiæ obligatus maneret, indiſtinctè teneretur ob non adminiſtratam tutelam, quamuis per errorem ſe excuſatum putaret, quod tamen text. negat, in verſ. vlt. ibi: *Si errore potius*; &c.

47 Conuincitur tandem † dicta interpretatio, ex verbis I. c. ibi: *quamuis iuſtas excuſationis cauſas haberet, non tamen excuſatum eſſe propter vitium pronunciationis*, &c. quæ non dicunt tutorem manſiſſe ex ſententiam obligatum, ſed tantum non excuſatum: quod longè diuerſum eſt: nam ſi obligatus maneret, indiſtinctè teneretur ob non adminiſtratam tutelam; ſi verò excuſatus non eſt; adhuc poſſumus dicere, excuſandum, & deobligandum fore; & procedere poteſt verſ. vlt. eiuſdem legis.

48 Vnde pro verò † intellectu Scæuolæ, vltra ſupradicta aduerte, in hoc textu interrogatum tantum fuiſſe Scæuolam, vtrum prædicta forma pronunciationis obligaret, vel excuſaret tutorem? de quo agebatur; & pro ea parte, quæ illum obligabat, faciebat forma ſpecifica ſententiæ, quæ dicebat, ſi legitimus impuberi tutor eſt, non eſt dato tutori neceſſaria excuſatio, quaſi ipſo iure ſit excuſatus. Conſtito tamen non eſſe impuberi legitimum tutorem, videbatur ſententia à contrario ſenſu obligare tutorem, qui ſe excuſabat.

Pro parte verò excuſandi, illud faciebat, quod tutor ille iuſta quidem excuſatione nitebatur, qualis erat numerus liberorum, princip. Inſtitut. de excuſat. quæ quidem erat

vera, ac principalis cauſa excuſationis: vnde, licet ſententia conciperetur, & niteretur fundamento falſo: nihilominus videbatur excuſatus: tum, quia tale fundamentum erat acceſſorium ad deobligandum, & conſequenter nocere non debebat, quaſi abundans: tum etiam, quia prætor in prædicta forma pronunciationis, adeo putauit tutorem illum eſſe excuſatum numero liberorum, vt quaſi ex abundanti diceret, non eſſe neceſſariam excuſationem propter ſecundum fundamentum (quod tamen falſum eſſe comparuit) vnde ex tacita mente prætoris, ſi excuſatio neceſſaria eſſet, conceſſa colligitur propter numerum liberorum.

49 His rationibus † hinc inde adductis, quæſtioni de more ſatisfecit Scæuola, de iure tantum reſpondendo. Et in primis tamquam indubitatiuis ſuppoſuit, ſententiam non obligaſſe: cum, & uerba, & mens pronunciantis ad deobligandum, & excuſandum dirigantur. In eo autem, quo tutor videbatur eſſe excuſatus, ex ſupra dictis; non eſſe excuſatum reſpōdit, quamuis iuſtiſſimas excuſationis cauſas haberet; idque ex vitio pronunciationis, quod inferius demonſtrabimus. Et ita conſtat tutorem illum teſtamentarium non manſiſſe excuſatum: indè tamen non ſequi, manſiſſe obligatum ex tali ſententia. Iſte igitur tutor teſtamentarius poſt ſententiam manſit, ac ſi circa excuſationem pronunciatum non eſſet.

50 Illa autem † verba ibi: *Propter vitium pronunciationis*; &c. in quibus prima interpretatio nitebatur, non ſignificant nullitatem ſententiæ, quaſi contra leges latæ, ſed defectum, hoc eſt, licet tutor propter numerum liberorum, iuſtam excuſationis cauſam haberet, non tamen manſit excuſatus, quia ſententia vitioſa eſt, & deficiens in non exprimendo aliquid circa excuſationem. Vnde ſententia, quoad ea, quæ expreſſit, ipſo iure valet, & effectum ſortiretur, ſi fundamentum verum foret. Quoad ea vero quæ non expreſſit, nec ab expreſſis neceſſario deducuntur, nihil diſponit: & tunc idem eſt dicere, propter vitium pronunciationis non manere excuſatum; ac dicere, non manere excuſatum, quia quoad excuſationem manca, & deficiens fuit pronunciatio.

51 Cur autem † Scæuolæ nihil reſpondit, an tutor ille manſiſſet obligatus, vel non? ſi quærat aliquis, reſpondeo; quod cum poſſet eſſe vera illa cauſa excuſationis circa numerum liberorum, & ob illam denuo ſe excuſare, hocq; facti ſit: caute de iure tantum reſpondit, non eſſe excuſatum ex viribus pronunciationis. An autem maneat obligatus, id pendebit ex probatione alterius allegatæ cauſæ; an videlicet, habeat, vel non habeat legitimum numerum liberorum: & niſi probauerit, vel falſo fuerit probata excuſatio, manebit omnino obligatus, iuxta §. vlt. Inſt. de excuſationibus, &c.

SVMMARIVM.

Latè ventilatur ea quæſtio, vtr in terminis l. Titia. ff. de cond. & dem. requiratur, quod Titia actualiter nubat, vt ducenta conſequatur. à nu. 1. & præcipuè. à nu. 4.

Quando ſimpliciter alicui legatur, ſi non nupſerit, *conditio ſtatim tollitur, nec requiritur, vt legatarius nubat. d. nu. 1.*

Explicatur l. Titio vſusfructus, 96. §. 1. ff. de cond. & dem. nu. 2. cum ſeq.

Quando alicui legatur, ſub conditione, ſi Titia v. g. non nupſerit; hæc conditio regulariter non tollitur. d. nu. 2.

Deportatus eſt incapax fideicommiſſi. nu. 3.

Conditio ſi non nupſerit, *quando remittitur, non remittitur in odium ſcribentis, ſed ſuggerente fauore publico. nu. 4.*

Lex, quæ fauet matrimonio, eſt interpretatione iuuanda. num. 5.

Intētio legis Iuliæ Miſcellæ, fauentis matrimonio, eſt reſpectu ſobolis tantum. nu. 7.

Aliquando teſtatores plus relinquunt in caſum viduitatis, quam nuptiarum, non quidem in odium earum, ſed ratione maioris indigentiæ muliebris. nu. 8.

Elegans differentia inter caſum, quo legatur ſub conditione non nubendi, quando ſimul aliquid legatur ſub conditione nubendi: & caſum, quo tantum legatur ſub conditione non nubendi. numero 9.

Obiter explicatur l. Titiæ centum, ff. de cond. & demonſtr. nu. 11.

Explicatur obiter l. mulieri, & Titio, ff. de cond. & dem. nu. 12.

Lex Iulia Miſcella remouendo conditionem nubendi, non facit nouam diſpoſitionem contra voluntatem defuncti, ſed fingit paritum eſſe voluntati defuncti. num. 13.

Vtrum ſi legentur Titiæ centum, ſi non nupſerit, *& ducenta,* ſi nupſerit; *ab illis centum remoueatur conditio negatiua nubendi? à numero 14. cum ſeqq.*

Fauorabilius eſt legatario, legatariæue, quod conditio non nubendi tollatur: quam ſi pinguius legatum relictum fuerit ſub conditione nubendi. d. numero 14. quod tamen declara, numero 19.

Etiam in remittenda dumtaxat negatiua nubendi conditione, inſpicitur fauor matrimonij. numero 15. quod tamen declara, numero 20.

Vbi

Vbi lex ceſſat negatiuè, & contrariè, ceſſat quoque illius diſpoſitio. nu. 17.

Legatum ita relictum; centum, ſi non nupſerit, *ducenta*, ſi nupſerit. *do, lego; eſt virtualiter alternatiuum: & vnum tantum continet in effectu. nu. 21.*

Quando legatur ſub conditionibus contrarijs, vt competat ius tranſmiſſibile, oportet iam vnam extitiße. nu. 22. & nu. 26.

Explicatur obiter l. Iulianus verum debitorem, ff. de condict. indeb. nu. 23. cum ſeq.

Quando in contractu duo promittuntur, vnumquodque ſub conditione contraria, ſi per errorem aliquod ſoluatur ante implementum alterutrius conditionis; ſolutum repeti poteſt. nu. 24.

Explicatur obiter l. neceßariò, §. ſi ita res, ff. de periculo, & commod. nu. 25.

Vtrum in terminis, in quibus non remittitur conditio non nubendi, admittatur cautio ad exemplum Mutiana? nu. 27. negatur.

Aſſignatur caſus in quo pro conditione non nubendi, quæ non remittitur; admittitur cautio Mutiana. nu. 28.

Vtrum in legato ita relicto; ducenta, ſi monaſterium ingrediatur; *& centum*, ſi nubat, *do, lego; nubens mulier ducenta conſequi poſſit? à numero 29.*

Conditio ingrediendi monaſterium non remittitur. d. nu. 29. & nu. 31.

In conditione ingrediendi monaſterium, duplex reperitur conditio; altera nutritiua maioris boni; altera impeditiua matrimonij carnalis. numero 32.

Quando mulier, cui legatum eſt, ſub conditione ingrediendi monaſterium, nubere mauult; prædicta conditio eſt impeditiua ſimpliciter matrimonij. nu. 33.

Quando conditio ingrediendi monaſterium reijcitur, id non ſimpliciter euenit ex poſt facto; ſed ſtatim ab initio ſubiacet huic remotioni. numero 34

Quando ſimpliciter legatur ſub conditione ingrediendi monaſterium, ſi mulier legataria actualiter nubat, idem legatum conſequetur. numero 35. cum ſeq.

Elegans differentia, inter conditionem ingrediendi religionem; & conditionem non nubendi; in terminis, in quibus vtraque reijcitur à diſpoſitione, ibidem.

An poſſit inuitari quis ad religionem commodo pecuniario? & quando eſt fauendus animus eius, qui ita inuitatus accedit ad religionem, d. numero 36.

Explicatur obiter l. Titio vſuſfructus. §. 1. ff. de cond. & demonſtr. à nu. 37.

Quando euentu nuptiarum mulier legataria minus conſecutura eſt, non remittitur conditio negatiua nubendi. n. 38.

Conditiones, ſi monaſterium ingrediatur, &, ſi nubat, *poſſunt eſſe diuerſæ, & poſſunt eſſe contrariæ. nu. 39.*

De rigore iuris poteſt vtraque concurrere, ibidem.

Attenta mente teſtatorum, quando vtraque præfata conditio apponitur, vt contraria apponitur; & ita numquam vtraque ſimul adimpleta cenſebitur, nec conſequenter vtrumque legatum competet, ibidem.

Si quis leget filiæ ſuæ mille, ſi nupſerit: & centum, ſi monaſterium ingrediatur, ingrediendo monaſterium, etiam mille conſequitur; quæ nubens conſequeretur. n. 40.

CAPVT XX.

In terminis l. Titiæ 100 ff. de cond. & demonſtr. ventilantur ſequentes quæſtiones. Prima. Vtrum requiratur, quod Titia nubat, vt ducenta conſequatur; vel conditio negatiua ſimpliciter tollatur, manente Titia; in libera tantum facultate nubendi? Secunda. Vtrum, ſi conuerſis terminis d. l. Titiæ, legentur Titiæ centum, ſi non nupſerit; conditio negatiua remittatur ab illis centum. Tertia; Vtrum in legato hac forma concepto: Titiæ ducenta ſi monaſterium ingrediatur, & centum, ſi nupſerit, do, lego: nubens ducenta conſequatur? ſuppoſita ea opinione, quæ non reijcit conditionem ingrediendi religionem.

1 ET quod attinet † ad primam quæſtionem: illud extra controuerſiam eſt, quod quando ſimpliciter diſponitur ſub ſimplici conditione non nubendi, conditio ipſo iure remittitur, & legatarius, legatariaue conſequitur legatum, manens in facultate nubendi; ita probat text. in l. ſed ſi hoc, 62. §. vltimo, l. hoc modo, 64. verſiculo vltimo, l. cum tale, 72. §. Mæuiæ, ff. de condit. & demonſtr. l. ſeruo inuito, §. primo, ad S. c. Trebellian. & ita eſt concors omnium ſententia.

2 Nec officit † l. auia, 77. §. Titio, ff. de condit. & dem. ibi: *Titio ſi mulier non nupſerit hæres centum dato: quam pecuniam eidem mu-*

lieri Titius reſtituere rogatus eſt: Si nupſerit mulier, die legati cedente, fideicommiſſum petet; &c. vbi conſtat, conditionem adiectam in fraudem legis, ſiquidem mulieri iubetur reſtitui fideicommiſſum impleta conditione non nubendi; & tamen inquit text. legati Titio relicti diem cedere ſecutis mulieris nuptijs; ergo reſciſſio conditionis ex poteſtate legis tunc euenit, quando nuptiæ ſequuntur; propter illas enim cedit legati dies in d. §. Titio.

Reſpondetur namq; ſpeciali ratione in d. textu requiri nuptias mulieris, vt legati dies cederet, & conſequenter fideicommiſſi; Etenim cum legatum relictum eſſet Titio ſub conditione: *Si Titia non nupſerit*; quæ quidem tũc regulariter non tollitur; vt etiam probat tex. in l. mulieri, & Titio, ff. de cond. & demonſtr. l. 1. C. de indicta viduit. tradit vtrobiq; Bart. & Doctores, nec pro eadem Titius cauere poſſet, ad exemplum Mutianæ cautionis, vt ſubiungit I.c. in d. §. Titio, ſequebatur non aliter Titio legatum deberi, quam moriente muliere, vel aliter omninò nubere impedita. Interim tamen, ſi mulier nubat, cum iam legatum extinguatur reſpectu Titij propter deficientem conditionem, & conſequenter corruere debeat fideicommiſſum, quod dumtaxat conſtat fuiſſe in fraudem legis; propterea inductum eſt, vt tunc dies legati cedat Titio, ad effectum dumtaxat reſtituendi. Atq; ita interim dum mulier non nubit, ſperatur implementum ordinarium reſpectu Titij legatarij: muliere autem nubente, iam omninò ceſſat ordinarium implementum, & ſuccedit extraordinarium, fauore mulieris, in cuius vtilitatem tantum cedit dies legati, vt videlicet reſtitutio fideicommiſſi locum habeat.

3 Si autem † quæras, cur in terminis d. §. Titio, ſtatim non tollitur illa negatiua nubendi cõditio fauore mulieris abſq; nuptijs eiuſdem; ſed vel operatur, ne nubere poſſit, vel quod effectualiter nubat? Reſpondetur: quia poteſt euenire caſus, in quo legatum debeat manere apud Titium legatarium ſine onere reſtitutionis, non nubente muliere; effinge enim mulierem fuiſſe deportatam, & in deportatione deceſſiſſe non nuptam: Nam in hoc caſu cedit dies legati Titio, vtpotè muliere innupta decedente: nec itidem tenentur fideicommiſſum reſtituere hæredibus mulieris; quia mulieri dum vixit, nunquam competijt; incapax enim legati deceſſit, & quaſi peregrinæ conditionis, iuxta l. 1. C. de hæred. inſtit. & probat text. in l. intercidit, ff. de condit. & demonſtr. à contrario ſenſu, quando ſcilicet nõ poteſt iam in ciuitatem reſtitutio ſperari; & reſpectu fideicommiſſi probat l. cũ Vlpia. 16. ſecundum literá Florẽtinam, ff. de interdictis, & relegatis. cõtra quam aliàs locutus eſt inſignis Duaren. in l. ſi mihi, 12. §. regula, ff. de legatis 1.

4 Quibus † ſuppoſitis, iã ſuccedit noſtra quæſtio, quando videlicet ab eodem teſtatore apponitur negatiua conditio nubendi ſub ducentis, & affirmatiua ſub centum: an à ducentis negatiua conditio tollatur, manente muliere in facultate nubendi; vel omninò requirantur nuptiæ eiuſdem? In qua quæſtione grandem vim ingerunt ſequentia fundamenta, pro ea parte, quę requirit nuptias mulieris. In primis, quia conditio negatiua nubendi, non in odium teſtatoris, quaſi turpis, ſed in fauorem Reipub. reijcitur, vt probat text. in l. hoc modo, verſ. vlt. ff. de cond. & dem. latè Luſitanus Benedictus Ægidius, in reper. d. l. Titiæ, 1. parte, nu. 10. ff. eodem tit. At in noſtra ſpecie, quando lex à dictis ducentis negatiuam conditionem nubendi demit, vt mulier nubere, & conſequi pinguius legatum poſſit, cum intentione legis concurrit voluntas defuncti, qui centum reliquit ſub conditione nubendi: ergo in ea, quando lex demit negatiuam conditionem inducentis, non quidem purum manebit mulieri legatum cum facultate nubendi; ſed conditionale, *ſi nupſerit*; quaſi in eadem ducenta voluntatem defuncti introducendo; in quo quidem legis poteſtas magis fauori publico, & menti defuncti conuenit.

5 Accedit, quia † lex Iulia Miſcella, vtpote vtilis Reip. ſobolis nimirum procreandæ cauſa lata, iuuanda eſt interpretatione, vt inquit I.c. in d. l. hoc modo, 64. verſ. vlt. ff. de cond. & dem. ergo ſi quando nulla adeſt voluntas defuncti, lex in fauorem nuptiarum dempta conditione negatiua, ſolam conceſſit nubendi facultatem: ſi aliqualis adeſt voluntas, vt in præſenti adiuuanda eſt ex poteſtate legis, vt & amplius legatum mulier conſequatur, & nubere teneatur.

6 Rurſus idem † videtur ſuadere Papin. in d. l. Titiæ, ff. de condit. & dem. ibi: *Nupſit mulier, ducenta, non etiam centum reſidua petat*; &c. vbi in noſtra ſpecie ad petitionem ducentorũ ſupponit nuptias Titiæ præceſſiſſe; ergo non manet purum legatũ, ſed ſub conditione nubẽdi.

7 Tandem ſi † ducentorum legatum mulier conſequeretur liberè non nubens, in facultate tamen nubendi manens: totum conſequeretur contra voluntatem defuncti (qui alias centum ſub conditione nubendi legauit) nec proinde tamen omnimodo impleta intentione Reip. cum lex Iulia Miſcella ſobolem prætendat, nõ verò ſimplicem facultatem nubendi: vt probat d. l. hoc modo, verſ. vlt. ff. de cond. & dem. ergo, vt, & legis intẽtioni plus indulgeatur, & minus contra voluntatem defuncti fiat, qui, vt diximus, etiam nuptijs proſpexit: mulier ad con-

conſequenda ducenta nubere debebit.

8 Nec replicare † quis poterit, actuales nuptias in noſtras ſpecie, non eſſe ſecundum mentem defuncti; cum amplius & pinguius legatum reliquiſſet ſub negatiua nubendi conditione. Reſpondetur enim defunctum etiam in nubendi caſum prouidiſſe, nec omnino nuptias abhorruiſſe: & tunc plus fauit viduitati, quando ſuppoſuit illam extituram; inde ſublata neceſſitate, & conditione non nubendi ex poteſtate legis, quidquid legataria conſequitur, ſub conditione nubendi conſequi debet, eò maximè, quia poteſt euenire, vt teſtatur minus relinquat ſub conditione, *ſi non nupſerit*, non ob viduitatem iniungendam, ſed quod forſan cogitaret, mulierem, quo caſu non nuberet, plus indigere, quam nubendo, ob inertiam muliebrem, quæ ſibi nequit apte prouidere.

9 Vnde † infertur, non eſſe eandem rationem interpretandi ſimplex legatum ſub conditione negatiua nubendi: & hoc, de quo agimus, ſub vtroque diuerſimode conceptum: nam in illo, cum lex contra defuncti voluntatem ſimpliciter conditionem tollat (non quidem in odium teſtatoris, vt ſupra diximus, ſed in fauorem publicum) noluit lex contra voluntatem defuncti etiam inducere contrariam affirmatiuam nubendi conditionem: & ita dumtaxat ſuſtulit conditionem: *ſi non nupſerit*, non tamen in eius locum repoſuit contrariam: *ſi nupſerit*. At in noſtro caſu propter ſequentem voluntatem, in qua centum relinquuntur ſub conditione, *ſi nupſerit*, colligitur in altero membro, *ſi non nupſerit*, non ita ſtatuere defunctum, vt nunquam mulier aliquid ex eiuſdem teſtamento conſequatur nubendo. Vnde nihil mirum, quod lex in his terminis ad conſequenda ducenta non ſolum tollat conditionem negatiuam, nubendi, ſed etiã reponat affirmatiuam, vt ita altera defuncti voluntas cum altera ſarciatur, iunctaq; ſimul poteſtate legis.

10 In contrarium † tamen, immò, quod dicta conditio negatiua in noſtra ſpecie omnino tollatur, nec in eius locum reponatur affirmatiua nubendi; ſed ſolum maneat mulier in facultate nubendi; videtur decidere Papin. in d. l. Titiæ, ibi: *Ridiculum eſt enim, eandem*; &c. *vt viduam, & vt nuptam admitti*; &c. vbi innuit non poſſe mulierem vtrumque legatum conſequi, quia abſurdum videtur, ducenta conſequi: quaſi paruerit conditioni, *ſi non nupſerit*, iuxta l. mulieri, & Titio, 74. ff. de cond. & demonſtr. & centum, quaſi non paruerit, & ſub contraria voluntate: vnde à ſimili videtur idem inconueniens, ſi mulier in ducenta admittatur, tamquam nupta ex voluntate defuncti, vt vidua ex interpretatione iuris, quaſi paruerit conditioni negatiuæ: ſic enim lex mulierem admittit, d. l. mulieri, & Titio.

11 Verum prior † ſententia mihi videtur in puncto iuris verior, vtpote conformior intentioni legis Iuliæ Marcellæ, & teſtatoris, vt ſupra euidentur oſtendimus.

Nec obſtat fundamentum poſterioris ſententiæ ſupra poſitæ: Nam abſurdum, cuius meminit Papinian. in dicta lege Titiæ, ſolum verſatur, quando agitur de conſequendo vtroque legato: tunc enim apparet contradictio de qua ibi: At in noſtris terminis, quando ſcilicet ſola ducenta mulier conſequitur, ceſſat dictum abſurdum, conſurgit maxima vtilitas publica, & iuris conformitas cum voluntate defuncti: nam dempta conditione non nubendi, ex poteſtate legis, vt ita mulier poſſit nubere, ſuccedit voluntas teſtatoris relinquentis centum eidem mulieri ſub conditione *ſi nupſerit*, & in iuuamen publici fauoris, & quia ſummam horum centum ridiculum erat petere vltra ducenta, ex ratione Papiniani, eadem quodammodo petit inuolutam, implicitam in ducentis, ad effectum vt nubere teneatur, cum in eo caſu cum poteſtate & intentione legis concurrat voluntas defuncti; & conſequenter minus obſtet legis diſpoſitio menti defuncti. Suppoſito autem quod in ducentis cenſentur inuoluta præfata centum ex voluntate defuncti, quæ talia centum non niſi ſub conditione nubendi reliquit, merito in ampliorem legis fauorem introductum puto, vt ducenta non purè, & in libera facultate nubendi, ſed ſub conditione nubendi mulier conſequatur.

Nec Papiniani repugnantia in præfatis ducentis reperitur: eum illa oriatur ex contrarietate voluntatis defuncti cum diſpoſitione iuris: at in noſtris terminis prædicta reſolutio coniungit voluntatem defuncti cum diſpoſitione iuris in dictis ducentis.

12 Nec etiam † obſtat dicta lex mulieri, & Titio. ibi: *Si conditioni paruiſſet*; &c. vbi idem Papinian. reſoluit, mulierem conſequentem legatum ſublata conditione non nubendi, perinde haberi iuris cenſura, ac ſi conditioni paruiſſet, hoc eſt, ac ſi non nupſiſſet; ergo in noſtris terminis, quando à ducentis ſub eadem conditione relictus lex conditionem remouet, perinde cenſeri debet mulier, ac ſi non nupſerit, ſecundum voluntatem defuncti; & conſequenter inconuenit, vt ex eadem voluntate nubere teneatur.

Quia reſpõdetur, dictam Papin. interpretationem adhibitam fuiſſe caſui, quo ſimpliciter legatur mulieri, *ſi non nupſerit*, in quo quid-

quid mulier nubere potens conſequitur, omne habet contra voluntatem defuncti: vnde lex propter certam defuncti voluntatem, quam contra ſe habet (dum mulieri nubenti, vel nubere potenti legatum concedit) ne totum videatur facere contra voluntatem defuncti, quæ odioſa non erat, iuxta ſupra dicta; fingit mulierem conditioni paruiſſe, hoc eſt, non nupſiſſe. At in noſtra ſpecie, cum in caſu nuptiarum concurrat voluntas defuncti cum intentione legis; mulier ducenta conſequendo non abſolutè dicetur paruiſſe conditioni, *ſi non nupſerit*; ſed potius paruiſſe conditioni, *ſi nupſerit*, ampliato quodammodo legato ex poteſtate legis ob publicum fauorem: ne plus conſequeretur non nubendo, quam nubendo: vnde, cum ex diuerſo facto diuerſa iuris diſpoſitio oriatur, colligitur rationem Papin. in d. l. mulieri, & Titio, non poſſe aptari deciſioni eiuſdem Papin. in d. l. Titiæ, reſpectu alterutrius legati, ſed tantum reſpectu vtriuſque, quando videlicet mulier vtrumque petit.

13 Quod † ſi adhuc ſubtiliſſimè quis inſtet dicendo, legem Iuliam Miſcellam non effeciſſe nouam diſpoſitionem, vbi non erat; ſed tantum, vbi erat ſub conditione nubendi negatiua, talem conditionem remouiſſe, non quaſi non ſcriptam in odium ſcribentis, ſed quaſi impletam ſecundum voluntatem defuncti, iuxta d. l. mulieri & Titio; At ſi in noſtra ſpecie, in dictis ducentis conſideremus voluntatem defuncti, & ſimul poteſtatem legis, ſine dubio dabitur contradictio, quam conſiderat d. l. Titiæ, videlicet, cum partem, nubendo; partem, quaſi non nubendo videatur conſequi; & ita abſurdum, quod conſiderat Papin. in d. l. Titiæ, quoad vtrumque legatum, poteſt etiam procedere quoad vnum, ſi in eo eadem conditionis ratio militet.

Cui ſubtiliſſimæ obiectioni reſpondetur, illa quidem ducenta, quæ dicimus mulierem conſequi, ex poteſtate duntaxat legis deberi, quaſi paritum eſſet conditioni negatiuæ. Quia tamen iuxta terminos noſtræ quæſtionis in poſteriori legato centum, dabatur particularis voluntas teſtatoris quoad nuptias eiuſdem legatariæ: inde trahimus hanc voluntatem, vt interpretatione iuuemus intentionem legis, l. hoc modo, verſ. vlt. ff. de cond. & demonſtr. vt ita, quoad legatum ducentorum, non maneat legataria in libera facultate, quinimmo in neceſſitate nubendi: ſicut enim ex poteſtate legis, liberè nubendo, conſequitur relictum ſub conditione negatiua, non obſtante contraria defuncti voluntate, ita ſi neceſſariò teneatur nubere, quando adeſt aliqualis voluntas defuncti circa nuptias, nec fit contra poteſtatem, nec contra intentionem legis, ac teſtatoris; quinimmo, & pro intentione legis, & pro voluntate defuncti fit, concurrente ſimul pari legis poteſtate.

Succedit ſecunda quæſtio, vtrum, ſi conuerſis terminis d. l. Titiæ, legentur Titiæ centum, ſi non nupſerit, & ducenta, ſi nupſerit; conditio negatiua remittatur ab illis cētū?

14 ET pro parte, quæ † aſſerit remittendā eſſe conditionem à dictis centum, facit illud: quia poteſt eſſe fauorabilius mulieri, vt potius ei remittatur conditio in cētum, quam ſub conditione inuitari ad contrahendas nuptias propter pinguius ducentorum legatum: nam remiſſa negatiua nubendi conditione, ſtatim admittitur ad legatum, vt ſupra probauimus; at vt conſequatur pinguius ducentorum legatū, requiritur, quod prius nubat, quod à multis pendet, vt notant Doctores, per text. ibi, in l. hæc conditio, 10. ff. de cond. & demonſtrat.

15 Deinde, quando † remitteretur conditio in centum, non ſolum mulieris fauor, ſed etiā nuptiarum inſpicitur, quas liberius mulier contrahere poteſt; probat text. in l. cum tale, §. ſi arbitratu, ff. de cond. & demonſtr. vbi remiſſa dumtaxat negatiua nubendi conditione, dicitur adhuc fauor matrimonij verſari, & tamen mulier remanet in libera facultate nubendi, ergo, &c.

16 Accedit † tandem, quia præfatum legatū eſt ſub contrarijs conditionibus relictum, vt patet, ergo purum cenſeri debet, ſaltem quoad minorem quantitatem, quam ſemper certum eſt debitum iri, per text. in l. Iulianus verum debitorem, ff. de condict. indeb. & in l. neceſſariò, §. ſi ita res venierit, ff. de periculo, & commodo rei vend.

17 His tamen † non obſtantibus, contrarium ſecurè ſtatuendum eſt, nempè, conditionem, *ſi non nupſerit*, à minore quantitate non eſſe remouendam, etiamſi mulier nubere nolit, ſpectandumque eſſe tempus, quo nubere non poſſit, vt dictum gracilius legatum conſequatur.

Quod in primis probo, deducendo rem ad abſurdum: nam licet lex regulariter conditionem non nubendi auferat, in fauorem publicum ſobolis procreandæ; ſi tamen in noſtra

ſpecie

Digitized by Google

ſpecie remoueretur à minori legato, effectus intentioni legis contrarius quodammodo ſequeretur: quippe, mulier omiſſo pinguiori legato, ſub conditione nubendi relicto, amplexaretur quod minus eſt: quia illud ſtatim conſequi poterat, & ita non curaret de nuptijs ſecundum conditionem agniti legati: & quodammodo ceſſaret lex negatiuè, & contrariè.

18 Deinde, in † non remittenda conditione negatiua nubendi, magis impellitur mulier, vt nubat, & intentionem legis compleat: quia videns legatum gracilius non poſſe competere, niſi ea iam impedita ad nubendum, & aliquando etiam nec tunc competere, vt iam ſupra tetigimus, & inferius notabimus: & per contrarium videns pinguius legatum relinqui ſub conditione nuptiarum, multo fortius ad eas inuitabitur, quod lex intendit.

19 Nec iam † obſtabunt ſupradicta: nam ad primum reſpondetur, agnoſcendo fauorabilius eſſe mulieri vt à legato minori negatiua conditio nubendi dematur; non proinde tamen remouendam fore, quia lex non tam mulieris priuatum fauorem, quam publicum intendit, quem quidem magis ſeruat non remittendo, quam remittendo dictam conditionẽ: quia quoad effectum contrahendi matrimonij, magis impellitur mulier inuitata ſub conditione nubendi, quam relicta in facultate nubendi. Nec tunc poteſt conſiderari publica aliqua iactura in non remouenda conditione negatiua: quia ſatius, & amplius, ac vberius reſarcitur ex ſecunda diſpoſitione ſub conditione nubendi: in cuius adimplemento verè inſpicitur publicus fauor.

20 A ſecundum † etiam reſpondetur, fatendo quidem matrimonij fauorem verſari in remittenda negatiua nubendi conditione, manente muliere in ſimplici libertate nubendi: ſed hoc intelligendum eſt, quando voluntas defuncti prouidit tantum in caſum viduitatis; at ſi teſtator prouideat in caſum nuptiarum, vt euenit in præſenti, tunc maior matrimonij fauor apparet in non remittenda dicta negatiua nubendi conditione, & ita in concurſu debet præualere.

21 Ad vltimum † tandem reſpondetur, quod diſpoſitio, de qua loquimur, non continet vnũ ac ſimplex legatum ſub contrarijs conditionibus; quinimmò duplex (alternatiuum tamẽ virtualiter, quo caſu vnum tantum in effectu conſequitur, vt probat text. in l. ſi quis ſeruũ hæredis, 8. §. 1. ff. de legatis 2. iuncta eleganti explicatione gloſ. verbo, in alterutra, in l. ſi ex toto, §. vlt. ff. de legatis, 1. quam ibidem ſequuntur Doctores) & ita quoad alterutrum legatum, requiritur implementum ſpecificum:

22 Immò, etſi † in noſtra ſpecie vnicum tantum eſſet legatum ſub contrarijs conditionibus, vnaque neceſſario eſſet extitura; adhuc tamen legatarius ius petendi alterutrum non haberet, interim dum non euenerit cauſa, ex qua debeatur, vt probat in ſimili text. elegans, in l. huiuſmodi, ff. quando dies legati, vbi notant omnes.

23 Nec obſtabit † d. l. Iulianus, in princip. quia vltra quam quod loquatur in contractibus, reſpondetur, procedere tantum quoad effectum, de quo loquitur, videlicet, ne repetitio competat: quamuis interim contractus conditionalis ſit, conſequenterque agi non poſſit: nam regula eſt in contractibus, quoad materiam condictionis indebiti; quod ſi quid certum eſt debitum iri, interim ſolutum non repetitur, l. ſi cum moriar, vbi notant gloſ. & Doctores, ff. de condict. indeb. vnde licet debitum conditionale ſit, cum in contractibus tranſmittatur, §. ex conditionali, vbi omnes, Inſtit. de verb. oblig. ſi neceſſariò extiturum ſit, ſolutum indiſtinctè retinetur. Quæ ratio cum ceſſet in vltimis elogijs, nihil mirum, quod nec etiam hunc effectum operetur legatum ſub contrarijs conditionibus relictum, d. l. huiuſmodi.

24 Quanto magis, quod † d. l. Iulianus, in princip. etiam reſpectu contractuum non procedit in duplici conuentione inita ſub contrarijs conditionibus, (qualis erat diſpoſitio, de qua in præſenti) idque à ceſſante ratione eiuſdem text. quia reſpectu vnius, eiuſdemque rei non eſt tunc certum debitum iri: vnde ſi quis promittat centum, *ſi nauis ex Aſia ueneris*, & ducenta, *ſi non venerit*; promiſſio conditionalis erit, & inſuper interim ſolutum repeti poteſt: quia antequam certum ſit nauim venire non poſſe, non eſt item certum, hanc, vel illam ſummam debitum iri. Niſi quis dicat, reſpectu minoris quantitatis, in quocunque euentu debitum iri; & ita minorem ſummam repeti non poſſe; quod ſubterfugium euitabitur, ſi exemplum proponatur in ſpeciebus.

25 Similiter † reſponde ad d. l. neceſſariò, §. ſi ita res venierit: nam loquitur in contractu, & ſimul in vna, eademque, ac ſimplici conuentione ſub contrarijs conditionibus, quam tex. dicit puram eſſe: non quidem ad effectum, vt ſtatim agatur ad traditionem rei venditæ, ſed tantum ad effectum, ne recedatur à contractu, & omnino ſit implendus, & tranſmittendus, vt aliqualiter notat gloſ. ibidem, verbo, perfectam.

26 In vltimis † verò voluntatibus, ſiue vnica ſit diſpoſitio, ſiue duplex, ſub contrarijs conditionibus; ſemper alterutrius euentus ſpectatur, quia debet procedere cauſa, ex qua debeatur,

tur, iuxta regulam d.l. huiuſmodi: & quamuis certum ſit, alterutram ex dictis conditionibus extituram, non tamen certum eſt, legatarium eo tempore viuere, vt inquit d. l. huiuſmodi, & diſpoſitiones conditionales ex ſupremis iudicijs non tranſmittuntur, l. ſi poſt, §. ſed ſi ſub conditione, ff. quando dies legati cedit, cum vulgaribus, & in noſtra ſpecie patet: nam mulier, antequam nubat, vel non nubat (cum tamen interim nubilis ætatis eſſet) deportari poteſt, ibique decedere: & tunc, quamuis conditio ſuapte natura debeat exiſtere, eo tamen tempore exiſtit, quo ipſi mulieri non prodeſt, vt probat à contrario ſenſu tex. in l. intercidit, ff. de cond. & demonſtr. l. 1. C. de hæred. inſtit. vnde interim nec agere poteſt, nec tranſmittit, niſi ciuis Romana decedat, vltra quam quod dum uixit, non euenit cauſa, ex qua legatum deberetur, vt ponit d. l. huiuſmodi.

27 Quæri tamen † opportunè poteſt, vtrum in terminis propoſitæ quæſtionis, in quibus à minori legato non remittitur conditio, admitti poſſit cautio Mutiana? & non eſſe admittendam puto; quia in fraudem legis tenderet: nã ſi propterea non remittitur, ne nuptijs impedimentum fiat electa ſemel minori quantitate relicta ſub negatiua nubendi conditione: à fortiori non recipietur cautio, ne propter timorem reſtituendæ rei cum fructibus (iuxta notata per text. ibi, in l. Mutianæ, ff. de condit. & dem.) mulier nuptias renuat. Et hanc reſolutionem mirabiliter comprobat text. in l. Auia, 77. §. Titio, ad finem, ff. de cond. & demonſtrat. vbi in terminis, in quibus conditio negatiua nubendi ſuſtinetur, non etiam admittitur cautio exemplo Mutianæ.

Nec proinde tamen inutile manebit legatum, immò ſi religionem mulier profiteatur, quaſi nubendi incapax, admittetur: vel ſi vſq; ad mortis articulum in cœlibatu perſeuerauerit; tranſmittit legatum iam purum effectum.

28 Immò, & † ad cautionem quaſi Mutianam deuenirem, ſi iam ad eam ætatem mulier ſit prouecta, quo procreare liberos non poſſit: nam licet nubere adhuc valeat, non tamen erit contra intentionem legis ſeruare viduitatem, cum lex Iulia, Miſcella, quæ conditionem remiſit, id ſobolis procreandæ cauſa fecerit, l. hoc modo, 64. verſ. vlt. ff. de cond. & demonſtr. iuuant notabiliter, quæ tradit Luſitanus Coſta, in repet. §. ſi arbitratu, limitatione 1. à principio.

Succedit Tertia quæſtio, vtrum in legato hac forma concepto: Titiæ ducenta, ſi monaſterium ingrediatur, & centum, ſi nupſerit, do, lego: nubens ducenta conſequatur? ſuppoſita ea ſententia, quæ non remouet conditionem ingrediendi monaſterium.

29 ET quod † nubendo, ducenta cõſequi nequeat, faciunt ſequentia. In primis, quia in l. Titiæ, ff. de cond. & dem. propterea Titia nubendo conſecuta fuit ducenta, quia ex legis poteſtate remiſſa fuit conditio, *Si non nupſerit*; ſub qua ducenta legata erant. At in noſtra ſpecie, conditio, quæ ducenta inuoluit, vtpote maioris boni nutritiua, & impulſiua, remitti nequit, immò in ſuo robore perdurat, late Coſta, in §. ſi arbitratu, ampliat. 11. ergo nubendo ſola centum conſequetur.

30 Deinde probatur ex † l. Titio vſusfructus, 96. §. 1. ff. de cond. & dem. vbi euentu nuptiarum minus conſequitur legataria, quando cũ ea concurrit aliquid fauorabilius, vt eſt libertas, de qua agebatur ibi: cuius exemplo erit etiam monaſterium, utpote fauorabilius nuptijs.

Et hanc ſententiam vno excepto Bart. cõſ. 184. Domina Minuta: tenent reliqui, quos late congerit Benedict. Aegidius Luſitanus, in repet. d. l. Titiæ, 1. parte, nu. 48.

31 Ego † Bartoli opinionem, quatenus omninò reijcit prædictam conditionem à ducentis argumento d. l. Titiæ, non auderem amplecti, propter primum fundamentum ſuprapoſitæ opinionis: non proinde tamen indiſtincte tenerem Titiam nubentem ſola centum conſequi: immo audenter aſſererem, & ducenta habituram, ſi monaſterium ingrediatur; & eadem ducenta ſi nubat.

32 Quod † vt ſuadeam, aduerto, in conditione, *Si monaſterium ingrediatur*, (præſertim, quando præcedit, vel ſequitur alia diſpoſitio ſub conditione nubendi) duplicem inuolui cõditionem, affirmatiuam alteram, quæ expreſſa eſt; alteram negatiuam, quæ ſupprimitur. Affirmatiua expreſſa, impulſiua eſt maioris boni; & quatenus talis, non ſolum non debet remitti,

remitti,

remitti, ſed maxime laudari, ſuppreſſa tamē negatiua *ſi non nupſerit*, (quæ ex mente teſtan tis deſumitur) ſine dubio impeditiua eſt matrimonij, vt in effectu tenent Doctores teſte Ægidio, vbi ſupra. Coſta, in d.§. ſi arbitratu. 3. limitat. à nu. 1.

33 Quo ſuppoſito † reſoluerem Titiam ingredientem monaſterium, ducenta conſequi debere, propter conditionem, quæ ex dicta ratione non remittitur. Si verò nubere velit, ſpreta omninò monaſticæ vitæ ratione; iam prædicta conditio ingrediendi monaſterium, tacitè impeditiua eſt matrimonij (cum, ex noſtra ſuppoſitione, exuerit maioris boni rationem) & per conſequens remittenda eſt ex poteſtate legis, argumento d. l. Titiæ, cuius deciſio, ſuppoſita voluntate Titiæ, monaſterium ingredi nolentis, pro nobis maximè pugnat: quia tunc præfata conditio monaſterium ingrediendi, ſimpliciter remanet impeditiua matrimonij carnalis: iamque in ijs terminis maius bonum non ſub ratione maioris boni, ſed ſub ratione maioris lucri, conſiderari poteſt, conſtito ſcilicet de voluntate Titiæ religionē ingredi nolentis; & ita prædicta conditio ſtat indifferens, & procliuis in vtramuis partem, quamque mulier liberè elegerit, ſimul conſequetur ducenta.

34 Et ſi quis † ſubtiliter replicet, conditionē, quæ ab initio ſimpliciter non fuit remiſſa ex poteſtate legis, non fore ex euentu remouendam, ergo, &c. Reſpondo, quod prædicta conditio in noſtra ſpecie non ſimpliciter remouetur ex euentu, ſed ab initio hanc habet tacitam qualitatem, vt omiſſo principali implemento tollatur, & ita poſſit ſequi fauor publicus nuptiarum, argumento text. elegantis, in l. Auia, 77. §. Mutiana, aliàs. §. Titio, ff. de cond. & dem. vbi conditio à principio non tollitur, ſed ex euentu nuptiarum, quia videlicet tunc militat legalis fauor, qui voluntatem nuptiarum iuuat. Nec quidquam tunc oberit voluntas defuncti: iam enim prædiximus, non officere legis intentioni.

35 Quæ reſolutio † ſuadet, vt etiamſi ſola vnica diſpoſitio adſit, quæ ducenta aſſignet ſub conditione ingrediendi monaſterium, adhuc nolente legataria monaſterium ingredi, ſed nubere, eadem ducenta conſequatur, quidquid contradicat Coſta, d. limitat. 3. num. 2. In quo tamen erit elegans differentia inter conditionem monaſterium ingrediendi, de qua loquimur, & conditionem non nubendi (quamuis Bart. loco ſupra citato, vtramque parificet) nam hæc ſimpliciter remittitur, & legataria manet in libera facultate nubendi, iuxta reſoluta in prima quæſt. At in conditione ingrediendi monaſterium, vt mulier non ingrediens eadem ducenta conſequatur, requiritur omninò, vt nuptiæ prius contrahantur. Ratio eſt: quia hæc proxima conditio, tamquam impulſiua maioris boni, interim non remittitur; quinimmo ſtat, & retinetur, quouſque appareat, reſpectu voluntatis legatariæ, eſſe ſimpliciter impeditiuam matrimonij carnalis, quod ſecutis nuptijs conſtat.

36 Nec eam † contra ſupra poſitam reſolutionem obſtant, quæ initio obiecimus: nam ad Primum reſpondetur, dictam conditionem ingrediendi monaſterium, non remitti, quatenus impulſiua eſt ad maius bonum, ſed quatenus tacitè eſt impeditiua matrimonij carnalis ſub ratione maioris lucri, quod mulier amittit carnaliter nubendo: & quamuis tunc implicitè, etiam ac principaliter prouocetur maius bonum amplecti ſpe lucri (quod in iure recipitur, cap. 2. de condit. appoſit. l. Titio centum, §. Titio centum, il. 2. ff. de condit. & demonſtr.) hæc tamen conditio etiam reſpicit perſonam adimplentis: vnde tunc in dubio fauorabile, & laudabile eſt, quando animus indifferens, & indeterminatus, ſaltem ſpe lucri eligeret maius bonum; adhuc enim maioris boni ratio conſeruaretur: non ita, quando de contraria voluntate conſtitiſſet, quæ quidem ſi ad illud maius bonum deueniret, iam non ſub ratione boni maioris, ſed maioris lucri coacta quodammodo accederet; quo caſu ceſſāte vera maioris boni ratione, ex ijs quę ex Ang. refert, & ſequitur Ioann. Imol. in l. quoties, §. ſi quæſita, nu. 38. ff. de hæred. inſtit. ceſſat itidem illius fauor. Conſtat igitur dictam conditionem remitti, facta ſuppoſitione, de qua ſupra: illa verò remiſſa, ſuccedit deciſio d. l. Titiæ.

37 Nec aliquid † euincit obiectio ex d. l. Titio vſusfructus, 96. §. 1. ff. de cond. & demoſt. loquitur enim in terminis diuerſis: quæ quidem ſi applicaretur in ſui ſpecie, idem forſan euinceret in monaſterio. v.g. ſi teſtator dicat, lego Titiæ centum, quoad vidua eſſet; ſi verò nupſerit, eadem centum, lego tali monaſterio: nubente Titia monaſterium dicta centum conſequetur, Titia omninò excluſa. Idque ex eo, quod datur ſecunda, ac fauorabilior diſpoſitio, ex qua commodum monaſterio reſultat. Si verò vnica tantum eſſet diſpoſitio, v.g. quoad vidua eſſet, ſeruo vtatur, fruatur, vel ſi monaſterium ingrederetur, lego centum: quamuis ea matrimonium contraheret, nec ſeruus libertatem, nec monaſterium illa centum conſequeretur. Atque ita, quod attinet ad præſens inſtitutum, nihil omnino facit text. in d. l. Titio vſusfructus, §. 1. nos enim non agimus de monaſterio concurrente in legato ſub contraria conditione, ex diſpoſitione teſtatoris:

ſed

ſed tantum de commodo legatariæ ſub diſpoſitione quadam virtualiter alternatiua; v. g. Titiæ, ſi monaſterium ingrediatur ducenta lego; & ſi nupſerit centum: quæ vnica tantum in effectu eſt, vt de alternatiuis tradit gloſ. verbo, in alterutra, in l. ſi ex toto, §. vlt. ff. de legatis 1.

38 Illud † notabiliter aduerſo ex d. l. Titio vſusfructus, §. 1. quod quando euentu nuptiarum minus conſequeretur mulier, quam in ſtatu viduali, vel virginitatis: tunc non remittitur conditio non nubendi: nam lex Iulia Miſcella non remiſit conditionem, niſi eo caſu, quo mulier plus conſequeretur contractis nuptijs: immo propterea remiſit, vt plus conſequendo nuptijs inhiaret: & hanc animaduerſionem probat etiam l. vltima, ff. de ſtatu liberis.

39 Ex hucuſque † dictis infertur, præfatas conditiones, *ſi nupſerit*, &, *ſi monaſterium ingreſſa fuerit*, poſſe eſſe diuerſas, & poſſe eſſe contrarias. Diuerſæ ſunt, ſi poſterior ſumatur, prout exprimitur, quatenus maius bonum inducit: nam tunc benè poteſt vtraque de rigore concurrere: poteſt enim quis nubere, & ante conſummatum matrimonium ingredi religionem, cap. 2. cap. ex publico, de conuerſ. coniugat. Si vero eadem poſterior conditio ſumatur pro conditione, quam ſupprimit de non nubendo, iuxta ſupradicta (vt eſt de aperta mente teſtatoris, qui ſimul diſponendo in caſum nuptiarum, & in caſum ingrediendi religionem; conditionem ingrediendi monaſterium, ſine dubio, vt contrariam nuptijs apponit) tunc manent contrariæ, & conſequenter nunquam poterit vtraque adimpleri, & vtrumque legatum conſequi: nam vel tunc legatum virtualiter alternatiuum eſt, quo caſu vnum dumtaxat eſſe debet, vt diximus: vel duplex ſub contrarijs conditionibus, ſecundum mentem defuncti: quæ ſicut ſimul euenire nequeunt, ita vtrumque legatum ſimul deferre non poſſunt, ſed alterutrum tantum: Quam ſententiam ſecuti ſunt ij, quos refert, & immerito damnat Bened. Ægidius Luſitanus, in Relect. d. l. Titiæ, 1. parte, à nu. 56. cum præced. cuius fundamenta attenta mente teſtantium ſtare nequeunt.

40 Infertur † etiam (quod & noſtram reſolutionem comprobat) veram eſſe ſententiam Felini. in cap. in præſentia, nu. 37. de probationibus, vbi reſoluit, quod, ſi pater filiæ mille leget, ſi nupſerit; & centum, ſi monaſterium ingrediatur; illa ingreſſa monaſterium, mille conſequitur, argumento d. l. Titiæ, ff. de cond. & dem. ſequitur Thomas Ferrat. cautel. 11. Late Dec. conſ. 674. à nu. 1. Luſitanus Coſta, in d. repet. §. ſi arbitratu, Ampliat. 11. nu. 5. Latiſſimè Rolandus à Valle, conſ. 35. per tot. lib. 3. & ita ſi nubit, mille conſequitur: ſi monaſterium ingrediatur, eadem mille, ne videlicet conſtito de voluntate filiæ, altera conditio alterius impeditiua ſit: quod tamen notabiliter limitabis per Felin. & Coſtam, nuperrimè citatos; & inſuper ego aduerto, non aliter non nubendo mille poſſe conſequi, quam ſi monaſterium ingrediatur, vt in conuerſa conditione ſupra notauimus.

Finis Libri Primi.

SELECTARVM IVRIS INTERPRETATIONVM; CONCILIATIONVM; AC VARIARVM RESOLVTIONVM.

Liber Secundus.

SVMMARIVM.

Latiſſimè, ac nouè explicatur l. qui vas, §. ancilla, ff. de furtis, à nu. 1. per tot. & percurritur vniuerſa materia partuum, fetuum, & fructuum ex rebus furtiuis perceptorum.

I. c. Scæuola putabat, partum ancillæ furtiuæ conceptum apud furem, vel eius hæredem, eſſe vſucapibilem. nu. 2. & nu. 10.

Qui duas, pluresue opiniones refert, vltimam probare videtur. d. nu. 2.

An partus conceptus apud bonæ fidei poſſeßorem, ex ancilla furtiua, data pro alio ſeruo manumittendo; vel in ſolutum; vel permutata; vel donata vſucapi poſſit? nu. 3. & omnino à num. 24. cum ſeqq.

Scientia ancillæ alienæ, an obſit vſucapioni partus ex ea? nu. 4. & omninò à nu. 29. cum ſeqq.

Referuntur Doctores, qui agunt de concordia noſtri §. ancilla, cum l. ſi aliena, 10. §. vlt. ff. de vſucap. nu. 6.

Partus conceptus tempore, quo ancilla ſubripitur, omninò eſt inuſucapibilis. à nu. 7.

Partus in vtero non eſt pars matris, nu. 8. & num. 35. nec poſſidetur antequam in lucem edatur. ibidem. d. nu. 8.

Partus in vtero, quoad contrahendum vitium, quod tunc mater contrahit, cenſetur iam editus. nu. 9. Reprobatur Iacob. Cuiac. qui contrarium exiſtimabat. ibidem.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus, & editus apud furem, eſt inuſucapibilis. nu. 10.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus, & editus apud furem, contrectatus videtur. nu. 12.

I. c. Marcellus in ea ſemper fuit opinione, ne partus conceptus apud furem vſucapibilis eſſet; ex eo, quod putaret, eſſe partem matris, quæ furtiua erat. nu. 13.

Ratio Marcelli damnatur à Scæuola, & Vlpiano I. I. c. c. nu. 14.

Vlpianus in l. ſi aliena, 10. §. vlt. ff. de vſucap. aliquid decidit; quidquid aliter opinetur Iacobus Cuiac. num. 15.

Lex non debet eſſe, nec præſumi otioſa. ibidem.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus apud furem, & editus apud eius hæredem, eſt furtiuus, & inuſucapibilis. nu. 16.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus, & editus apud hæredem furis, cenſetur furtiuus, & eſt inuſucapibilis. nu. 17.

Quædam Fulgoſij interpretatio ad d. l. ſi aliena, §. vlt. refertur, & reprobatur. nu. 18.

Hæres, licet de facto bonam fidem habeat, ſi ſucceſſit Authori vitioſo, idem vitium habere creditur. ibidem.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus apud furem, vel eius hæredem, & editus apud bonæ fidei poſſeſſorem, cenſetur furtiuus, & eſt inuſucapibilis. num. 19. Bonæ tamen fidei poſſeßor non tenetur tunc actione furti. nu. 20.

Explicatur d. l. ſi aliena, 10. §. vlt. ff. de vſucap. num. 20. & nu. 21.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus & editus apud bonæ fidei poſſeſſorem, non eſt furtiuus, & ita vſucapi poteſt. nu. 23.

Explicatur l. 4. §. de illo, ff. de vſucap. à num. 24. & omninò à nu. 29.

Poßeſſio vitioſè per ſeruum adepta, indiſtinctè nocet domino quoad vſucapionem. nu. 24.

Si ancillam, quam ſeruus ſubreptam pro ſuo capite domino dedit, poſtea apud dominum ignorantem concipiat, & pariat, partus eſt inuſucapibilis. num. 24.

Nouè, & eleganter explicatur l. qui ob pactionem,

9. & l.

9. & l. ſeruus, 10. ff. pro emptore, à nu. 25. cum ſeqq. & nu. 45.

Seruus, qui pro ſua libertate, & capite, aliquid domino dat; videtur quodammodo cum ipſo domino celebrare emptionem, & venditionem. d. num. 25.

Reprobatur quædam Accurtij opinio, putantis in proximis terminis, eſſe dationem pro ſoluto, num. 26.

Poßeßio, quam patronus accipit à liberto, ſuo quondam ſeruo, quamuis vitiosè adepta ſit, non nocet patrono ignoranti, quoad vſucapionem. nu. 28.

Seruus manumiſſus, etiam à ſe ipſo diuerſus homo cenſetur. ibidem.

Explicatur noſter §. Ancilla, verſ. ſed ſi concepit. numero 31.

Latè, ac eleganter agitur de intellectu, & materia l. ſi ancillam, ff. pro ſuo. à nu. 32. cum ſeqq.

Differentia conſtituitur inter ſcientiam rei alienæ, & rei furtiuæ: & quomodo alterutra poſſit dari in eadem re furtiua. num. 33.

Mala fides de iure ciuili ſolum officit inchoationi vſucapionis. nu. 34.

Partes in ſuo toto non poſſidentur ad effectum vt ſingulæ interim vſucapiantur. nu. 35.

Quomodo partus in vtero poſſit dici pars viſcerum maternorum. ibidem.

Partus in vtero ſecundum veritatem pars matris non eſt. ibidem.

Explicatur l. ſi prægnas, 42. ff. de euict. & conciliatur cum l. venditor, 8. ff. eod. tit. numero 36. cum præced.

Partus ancillæ emptæ, vel quolibet alio titulo quæſitæ, non vſucapitur eo titulo, quo ancilla. latiſſimè, & eleganter. nu. 37. cum ſeqq.

Explicatur l. non quocunque 82. §. Iulianus, quid ſi, ff. de legatis 1. & l. ſi quod ex Pamphila, 73. ff. de legatis 2. nu. 38.

Latè explicatur l. ſi ego, 11. §. partus, verſ. idem Iulianus, ff. de Publiciana; & l. non ſolum, 33. ff. de vſucap. à nu. 39. & nu. 41.

Titulus, pro ſuo, aliquando generalis eſt, & concurrit cum alijs titulis. ibidem.

Dictio (Ex) aliquando non denotat, cauſam eſſe proximam id, quod præcedit, ſed ab eo aliquid immediatè oriri, quod cauſa immediata ſit eius, de quo agitur. num. 40.

Refertur, & reprobatur quædam opinio veteris interpretis Petri de Bella pertica. nu. 42.

Cauſa, & titulus ad vſucapionem, debet eſſe immediatus; aliter non proficit. ibidem.

Nulla datur ordinaria vſucapio ſine titulo; quidquid aliqui opinentur. nu. 43.

Triplex titulus conſiderari poteſt ad vſucapionem. ibidem.

In l. quod vulgo, ff. pro emptore, & in l. vlt. ff. pro ſuo, quando datur tolerabilis ignorantia, introducitur à iure quaſi titulus. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam Accurtij opinio in l. qui ob pactionem, ff. pro emptore. nu. 44.

Titulus pro ſuo, eſt qualitas, & ſpecies poſſeſſionis. num. 46.

Titulus pro ſuo, etiam datur in re propria. ibidem.

Titulus pro ſuo, vt pariat vſucapionem, quid requirat. nu. 47.

Titulus pro ſuo, habetur ab vtroquoque, non ab extrinſeco. ibidem.

Explicatur Accurtius, verbo, cum etiam, in l. ancillæ, C. de furtis, dum dicit, in partu concepto, & edito apud bonæ fidei poßeßorem, nullum titulum dari. nu. 48.

Quando ſcientia ancillæ alienæ ſuperuenit ante conceptionem partus: non poteſt antiquus bonæ fidei poſſeſſor partum poſtea conceptum vſucapere. num. 49.

Scientia ancillæ alienæ obeſt partui concepto, nondum edito, ne vſucapiatur. nu. 50.

Notabiliter explicatur l. iuſto, §. et ſi poßeſſionis, verſ. veluti, ff. de vſucap. nu. 51.

Partus eius ancillæ (quam vſucapere cœpi) vſucapitur, quamuis ante editionem reſciſſem ancillam eſſe alienam. ibidem.

Obiter explicatur l. 4. §. de illo, verſ. ſi ante quam, ff. de vſucap. ibidem in verſ. vlt.

D. §. & ſi poſſeſſionis, non habet locum de iure Canonico; nec apud Luſitanos. nu. 52.

Scientia furtiuitatis ante editionem partus, nocet eiuſdem vſucapioni. num. 53.

Scientia ancillæ alienæ, poſt editionem partus, non nocet vſucapioni partus. nu. 54.

Refertur, & reprobatur quædam opinio Pauli Caſtrenſis. num. 55.

Scientia furtiuitatis, poſt editum partum, inceptam eiuſdem vſucapionem interrumpit. nu. 56.

Agitur de intellectu l. ſi ancillam, 4. ff. pro ſuo. ibidem. cum nu. ſeqq.

Bonæ fidei poſſeſſor, qui ſciuit rem furtiuam, dum clandeſtinè retinet, furari videtur. nu. 57.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus, & editus bonæ fidei poſſeſſorem, poſtquam ſcitur vitium matris, incipit eſſe quaſi furtiuus. nu. 58.

Aſſignatur remedium, quo non obſit vitium hoc furtiuitatis in caſu proximo. ibidem.

Ad quid requiratur certior ratio in d. l. ſi ancillam. num. 59.

Ratio aſſignatur, ob quam titulus, pro ſuo, facilè deſtruitur. ibidem, ad finem.

Explicatur mens Accurtij aliquot in locis. nu. 60.

Explicatur Fulgoſ. num. 6. in l. ancilla, C. de furtis. num. 61.

Explicatur l. ſi ego. 11. §. partus, verſ. interdum, ibi: Si modo eo tempore, quo experiar; &c. ff. de Publiciana; & reijcitur emendatio, quam Iacobo, Cuiac. eidem adhibebat. num. 62.

D. l. ſi ancillam, (excepta ſpecie, in qua erat completa

pleta vſucapio ante ſcientiam rei furtiuæ) non procedit attento iure Canonico, & Luſitanico. num. 63.

Partus non ſtatim fit bonæ fidei poßeſſoris, ſicut fructus. nu. 64.

Fructus percepti, & effecti bonæ fidei poßeſſoris, nullatenus vſucapi ab eo poſſunt; nu. 65. cum ſeqq.

Reprobatur Iacobi Cuiacij emendatio ad noſtrum §. Ancilla, in verſ. idem, & in pecudibus. numero 69.

Refertur quædam gloſſæ ſententia communiter recepta, circa vſucapionem admittendam in fructibus, qui ſunt effecti bonæ fidei poſſeßoris. nu. 70. & reprobatur. à nu. 71.

Non datur in iure vſucapio irreuocabilitatis dominij in fructibus. nu. 71.

Irreuocabilitas fructuum, eſt eorũ conſumptio. ibidẽ.

Explicatur l. in bello, 12. §. ſi quis ſeruum, ff. de captiuis & poſt lim. reuerſ. nu. 72.

Intentio legis, quæ fuerit, dum voluit, vt bonæ fidei poſſeſſor fructus ſuos faceret: & cur meminerit conſumptionis. ibidem.

Explicatur l. 3. verſ. vlt. C. de his quæ vi, metusue cauſa fiunt. nu. 73.

Fructus per ſe conſiderati, quoad vſucapionem regulantur, ſicut quælibet alia mobilia: & vſucapi poßunt ſi requiſita concurrant. nu. 74.

Eleganter explicatur l. 4. § fructus, ff. de vſucap. num. 75. cum ſeqq.

Obiter explicantur d. l. 4. §. lana, & l. bonæ fidei, 48. ad finẽ, ff. de acquir. rerum. domin. nu. 77.

Fructus producti in poteſtate furis, vel eius hæredis, ex re furtiua, cenſentur furtiui, & vſucapi nequeunt. nu. 79.

Fructus pendentes idem vitium incurrunt, quod contrahit cauſa eo tempore, quo pendent. ibidem.

Fetus animalium ſequuntur conditionem matris. ibidem.

Pulli ſequuntur gallinam incubantem, & excludentẽ, tanquam matrem, quamuis oua fuerint aliena.

Explicatur l. bonæ fidei, 48. verſ. & ideo, ff. de acquir. rerum domin. nu. 80. & reijcitur emendatio Iacobi Cuiacij ad eundem verſ. nu. 80.

Explicatur l. 4. §. lana, verſ. idem in agnis, ff. de vſucap. ibidem.

Explicatur d. l. bonæ fidei, verſ. & ſanè, quin lac. n. 81.

Lac, pilus, & lana, indiſtinctè ad bonæ fidei poßeſſorem pertinent, quamuis inceperint in eſſe produci in poteſtate furis. ibidem.

Fructus producti, & percepti in poteſtate bonæ fidei poſſeſſoris, indiſtinctè eius ſunt, quamuis à re furtiua percipiantur. nu. 82.

Explicatur noſter §. ancilla, verſ. idem & in pecudibus. nu. 85.

Explicatur l. 2. verſ. vlt. ff. pro ſuo nu. 86.

Fructus (niſi conſiderentur per ſe tanquam quælibet mobilia) nunquam poßunt vſucapi. nu. 87.

CAPVT I.

Ad Vlp. in l. qui vas, §. ancilla, ff. de furtis.

Arduam, ac ſalebroſam materiam aggredior de partubus, fetibus, fructibus rerum furtiuarum. In qua, tametſi Cuiacius in l. 4. §. hæres, ff. de vſucap. dicat, ſolos cupidos gloriæ, ac contentionis, immorari: ego contra ſentio, & veritatum ciuilium indagatores in ea non modicum operæ, ac induſtriæ expendere debere, propter variam vtilitatem, quæ inde percipitur, vt ex dicendis apparebit.

1 ET quia † huius materiæ clauis eſt text. in l. qui vas, §. ancilla, ff. de furtis, ei opus hoc inædificabimus. Scribit itaque Vlpian. *Ancilla, ſi ſubripiatur prægnans; vel apud furem concepit, partus furtiuus eſt; ſiue apud furem edatur, ſiue apud bonæ fidei poſſeſſorem. Sed in hoc poſteriori caſu furti actio ceſſat. Sed ſi concepit apud bonæ fidei poſſeſſorem, ibique pepererit, eueniet, vt partus furtiuus non ſit, verum etiam vſucapi poſſit;* &c.

2 Vt autem materia † aperiatur, contra Vlp. videtur in primis facere idem Vlp. in l. ſi aliena, 10. §. vlt. ff. de vſucap. ibi: *Scæuola autem lib. 12. ſcripſit, ſe putare vſucapere poſſe etiam partum;* &c. Quiquidem apertè aſſerit, partum cõceptum apud furẽ, vel furis hæredẽ, eſſe vſucapibilem. Nec Scęuolam reprobat Vlp. quinimmò illum videtur probare, iuxta illud vulgare: quod qui duas, pluresue opiniones refert, vltimã in dubio probare videtur; de quo latè Iaſ. in §. ſed iſtæ quidẽ, n. 55. Inſt. de actionibus. Decius, in l. cũ fundus, 21. §. ſeruũ ſuũ imprudens, n. 9. ff. ſi cert. petat. Luſitan. Gama, Decis. 306 n. 17. ſecũdũ quæ vulgo circũfertur inter duo pcitata iura verſari inextricabilẽ antinomiã.

3 Contra ſecundã † verò partẽ noſtri §. ancilla, dum admittit vſucapionẽ partus concepti, & editi apud bonæ fidei poſſeſſorem, licet mater furtiua ſit, in quo etiam conſentit Imp. Alex. in l. ſi matrem, C. pro emptore, obſtat Primò, quia ſi ancilla furtiua daretur pro alio ſeruo manumittendo, vel permutaretur, aut in ſolutum daretur, vel donaretur; partus ex il-

 la con-

la conceptus apud bonæ fidei poſſeſſorem vſucapi poſſet; quod tamen negat Paulus I. c. in l. 4. §. de illo, ff. de vſucap. & tamen hos caſus coniungit cum emptione I. conſultus in l. ſi ego 11. §. partus, ff. de Publiciana.

4 Obſtat Secundò, quia ſi † vſucapio incipit in ſecunda ſpecie; quamuis poſtea ſuperueniat mala fides, & ſcientia poſſeſſoris vſucapientis, procedat cœpta vſucapio, §. diutina, Inſt. de vſucap. cum vulgaribus, & in ſpecie docet Paul. I. c. in d. §. de illo, verſ. quod ſi, & Iulianus in l. non ſolum, 33. in fine princip. ff. de vſucap. ibi: *Si apud eum conceptus, & editus eo tempore fuerit, quo furtiuam eſſe matrem eius ignorabat*; Quibus verbis ſolum initium vſucapionis inſpiciendum eſſe docetur; & expreſſit in terminis Cuiacius d. l. 4. §. hæres, ff. de vſucap. Sed data ſcientia partus prouenientis ab ancilla furtiua, vſucapio vſurpatur, l. 1. ſi ancillam, 4. ff. pro ſuo, ibi: *Sin verò cum ſcires, & poſſes, non feceris certiorem, contra eſſe*; &c. ergo, &c.

5 Obſtat † tandem, quia fructus percepti à bonæ fidei poſſeſſore, ſtatim eius fiunt, l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin. ergo idē videtur dicendum in partu ancillæ, de quo ſic; & conſequenter, non haberet locum vſucapio, iuxta regulam l. 4. §. lana, ff. de vſucap. cum vtroſque parificet d. §. ancilla, ibi: *Idem & in pecudibus ſeruandum eſt, & in fetu eorum, quod in partu*; &c. & l. ſi aliena, 11. §. vlt. ff. de vſucap.

6 Pro concilianda † prima antinomia inſudant Scribentes, diuinat vbique gloſ. laborant etiam Maynus, lib. 2. act. cap. 3. Iacob. Curiacius in d. l. 4. §. hæres, & in d. l. ſi aliena, §. vlt. ff. de vſucap. Connan. lib. 3. Comment. cap. 15. n. 3. qui ferè in diuinatiuas, vel falſas interpretationes ſcinduntur, vt ex inferius dicendis conſtabit.

7 Ego autem † pro veritate eruenda, & contrarietate ſedanda, ſequentes caſus conſtituo. Primus eſt, quando ancilla prægnans ſubrepta eſt, pariatque penes quemlibet poſſeſſorem. In hoc caſu partus ſurtiuus eſt extra controuerſiam; & conſequenter vſucapi nequit. Vlp. in d. §. ancilla, ibi: *Si ſubripiatur prægnans*; &c. Cuiac. & alij, de quibus ſupra.

8 Ratio † eſt: quia licet partus non ſit pars matris ſubreptæ, vt agnoſcit Vlp. in d. l. ſi aliena, §. Scæuola, & inferius latius probabitur: nec etiam poſſideatur, antequam ſit editus, vt inquit d. l. ſi ego, §. partus, nihilominus tamen eodem iure afficitur, quo cauſa ipſius, vt ſentit idem §. partus, & conſequenter ſurtiuus cenſetur, nec vſucapi poteſt, niſi poſtquam in veri domini poteſtatem tranſeat, & ita intelligitur l. ancillæ, 12. in princip. C. de furtis, & ibi tenet vltra alios Petrus de Bella pertica.

9 Vel etiam † vſucapi non poteſt, quia ille, qui in vtero eſt, ex iuris fictione in rerum natura eſſe fingitur, & conſequenter contrectari creditur; vt in ſpecie docet Iulianus, in l. penult. verſ. præterea, ff. de ſtatu hominum, vbi inquit: *Si ancilla prægnans ſubrepta fuerit, quamuis apud bonæ fidei emptorem pepererit; id quod natum erit, tamquam furtiuum vſu non capitur.* Quod deducit I. c. à regula quam in principio text. propoſuerat, ibi: *Qui in vtero ſunt, in toto pene iure intelliguntur in rerum natura eſſe*; &c. Contra quem textum ex Stoicorum ſententia inaduertenter loquitur Iacobus Cuiacius in dicta lege quarta §. hæres, & pro hac ſecunda ratione facit text. in l. penultima §. non ſolum, verſiculo ſi verò, ff. quæ in fraudem creditorum.

10 Secundus † caſus eſt, quando ancilla furtiua concepit, & peperit apud furem. In quo caſu ſecurè tenet Vlpian. in noſtro §. ancilla, partum ſurtiuum eſſe, nec vſucapi poſſe. Eiuſdemque opinionis eſſe Marcellum in d. l. ſi aliena, §. Scæuola, ibi: *Quemadmodum nec ancilla partus*; &c. vbi reſoluit, quod quemadmodum iuuencus editus apud furem, & ab eodem distractus, vſucapi nequit, ita nec partus. Eiuſdem ſententiæ ſunt Cæſares in d. l. ancillæ, 12. C. de furtis. Cuiac. vbi ſupra.

Ceterum Cerbidius Scæuola, vt refert Vlp. in d. l. ſi aliena, §. vlt. ff. de vſucap. expreſsè opinatur in dictis terminis partum vſucapi poſſe, vt patet ibi: *Scæuola autem ſcribit, ſe putare, vſucapere poſſe, & partum*; &c.

11 Vt autem † hæc repugnantia componatur, aduerte primò, quod Vlpian. auctor d. §. vlt. qui incipit Scęuola, eius ſemper fuit opinionis, vt in dictis terminis partus furtiuus eſſet, & vſucapio ceſſaret, iuxta d. §. ancilla. Vnde non eſt præſumendum ſibi inuicem obuiaſſe, aut emendaſſe, vt perperam opinatur gloſ. verbo, cum etiam, in d. l. ancillæ, 12. C. de furtis, quia cum ex litera noſtri §. ancilla, non conſtet Vlp. palinodiam cecinisſe, ex eo ſolo, quod a compilatoribus poſterius referatur ſententia eiuſdem Vlp. in §. ancilla, non videtur mutata, eo maximè, quia Vlpian. dum denegat vſucapionem, fortioribus nititur fundamentis, vt ſtatim oſtendemus. Cum igitur Vlpian. nec ſibi repugnans, aut variaſſe credendus ſit, ex dictis: nec item debeat manere fruſtratoria opinio Scæuolæ, quam vltimo loco refert, & conſequenter probare videtur in d. l. ſi aliena, §. vltimo, vt ſupra probauimus, aliter interpretandus eſt.

12 Aduerte † Secundò, rationem ob quam fetus conceptus, & editus apud furē furtiuus eſt, & inuſucapibilis multifariam ab eius opinionis ſectatoribus adduci: nam Vlpianus eam tantū

interim

interim dum non reſtituit rem furto ablatam, eſt in actu furandi, iuxta rationem l. in furtiua, 8. in fine, & l. vlt. ff. de condict. furtiua, l. penult. ff. de vi, & vi armata, & per conſequens, ſicut fetus conceptus apud dominum, & poſtea apud furem editus, cum etiam tunc poſt conceptionem mater eius ſubtrahi videatur, ex declaratione furtiuus dicendus eſt.

13 Marcellus † autem, vt colligitur ex d. l. ſi aliena, §. Scæuola, eam reddebat rationem, quod videlicet, partus ſit pars rei; & ſicut ancilla furtiua eſt, ita & partus furtiuus eſſe debeat. Quam rationem ſequebatur Petrus de Bella pertica, col. 2. i l. ancillę, 12. C. de futuris.

14 Sed hanc † rationem merito damnat I. c. Scæuola, relatus in d. §. Scæuola, & in l. partum, 26. ff. de verb. ſignificat. & propterea reſoluit in dictis terminis partum non eſſe furtiuum; quinimmo vſucapibilem; quia partus non eſt pars rei furtiuæ: etenim in eſſe productus diuerſa res eſt, vt ſentit Vlp. in l. ſed addes, 19. §. ſi quis mulierem, ff. locati.

In qua opinione Scæuolę, duo continentur; Primum, partum in dictis terminis vſucapi poſſe; Secundum, non eſſe partem rei furtiuæ. Vnde, cum vltimo loco referatur ab Vlp. & conſequenter cenſeatur approbatus, in eo recipiendus eſt, in quo abſurdum, & inconueniens non inuoluat, videlicet, ne Vlpianus, qui eundem refert, & ſequitur, ſibi contradicere videatur, Hoc autem verificari poteſt in reprobatione rationis, quam Marcellus reddebat, quaſi ſentiat Vlp. quod licet partus ille furtiuus ſit, iuxta ſuam opinionem relatam in noſtro §. ancilla, non tamen hoc prouenit ex ratione Marcelli, eandem ſententiam tenentis; & ob id innuit in d. §. Scæuola, rationem Marcelli merito fuiſſe reprobatam à Scæuola, quem in hoc ibidem ſequitur, & in d. l. partum, ff. de verb. ſignific. eundem tamen Scæuolam non ſequitur, quatenus putabat, partum illum eſſe vſucapibilem: quia adhuc quoad hoc, Scæuolæ obſtat ratio, qua Vlpianus mouebatur ad contrariam ſententiam tenendam, iuxta d. §. ancilla, vt ſupra corroboratum fuit; ſecundum quæ ſuperſtite opinione Vlpiani, de qua in d. §. ancilla. non manet otioſus d. §. Scæuola, dum in eo deciditur, & probatur, quod partus nunquam eſt pars rei. Quod idem Vlp. tradit, in d. l. partum. Ex quo apparet, quod Vlpian. in d. §. Scæuola, approbat opinionem Marcelli (vt apparet ex noſtro §. ancilla) ſed reprobat eius rationem, & approbat rationem Scæuolæ, reprobat tamen eius opinionem.

15 Vnde † venit reijciendus Iacobus Cuiac. in d. l. ſi aliena, §. Scæuola, dum dicit Vlpianum retuliſſe ſententiam Scæuolæ, & Marcelli; ſuam tamen non protuliſſe: nam in primis text. iſte maneret otioſus in d. §. Scæuola, quod non eſt dicendum, ex ijs, quæ tradit Menoch. de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 99. nu. 15. & præſumpt. 40. nu. 15. Deinde ex dictis conſtat, ſuam etiam opinionem protuliſſe, quoad rationem quæſtionis propoſitæ, in eoque ſecutum fuiſſe Scæuolę ſententiam quamuis in reſolutione cõtrariume decidiſſet, vt a paret ex noſtro §. ancilla? Quinimmò, & in alio Scęuolam approbat, vt inferius videbitur.

16 Manet † igitur vera reſolutio in ſecundo caſu, quod partus ancillæ conceptus apud furem, & apud eundem editus, furtiuus eſt, & & inuſucapibilis, iuxta d. §. ancilla.

Ampliatur Primò, licet conceptus ſit apud furem, & editus apud eius hæredem, vt probat d. §. Scæuola, & à fortiori d. §. ancilla; Ratio eſt: quia cum apud furem furtiuus extitiſſet, cum etiam poſt conceptionem ancilla videatur ſubtrahi, & ita prægnans, vt ſupra probauimus, nihil mirum, quod eo iure cenſeatur, quo erat, ſi apud furem naſceretur. Præcipuè, cum hæres perſonam furis repræſentet, & conſequenter in eo prædictum vitium conſideratur, vt in ſequenti ampliatione.

17 Ampliatur † ſecundò etiamſi ancilla conceperit, & pepererit apud hæredem furis, vt exprimit Iul. Paulus, in l. 4. § hæres, ff. de vſucap. Vlp. in l. ſi ego, §. partus, ff. de Publiciana, vbi rõ redditur, videlicet, quia hęres vitiorũ defuncti ſucceſſor eſt. Facit regula l. cũ hæres, ff. de diuerſis, & temporal. & per cõſequẽs dũ hęres nõ reddit ancillã, eſt in actu furandi, & ita etiã concepto ſemine furari cenſetur. Et quamuis prædicta iura non exprimant à dicto furis hærede partum diſtractum vſucapi non poſſe: id tamen probat Vlp. in d. §. Scęuola, dum ſententiam non verò rationem Marcelli probat. & ſentit idem Vlp. in noſtro §. ancilla, verſ. ſed ſi concepit, vbi ſolum dicit, nõ eſſe furtiuum partum, & inuſucap. quando concipitur, & editur apud bonæ fidei poſſeſſorem. ergo ſi concipiatur, & edatur apud malæ fidei poſſeſſ. ſcientẽ vitium ancillæ, qualis eſt hæres furis, ex iuris cenſura, iuxta d. §. partus, & d. l. cum hæres, furtiuus omnino manet, & in vſucapibilis.

18 Fulgoſius † tamen in d. l. ancilla, 12. C. de furtis, ante n. 5. putat in terminis tantum noſtræ ampliationis Marcellum reprobatũ fuiſſe à Scæuola, in d. §. Scæuola, quaſi Scæuola non reprobaſſet Marcellum, ſi ancilla concepiſſet penes furem, licet peperiſſet penes eius hæredem. Quinimmo addit Fulgoſ. ita in hoc caſu non reprobari Marcellum, dũmodo intelligat hæredem furis non eſſe bonæ fidei poſſeſſorem: alioquin falſam eſſe opinionem Marcelli, & cõſequẽter noſtra ſupra poſitã ampliationẽ. Ex quo ſequebatur, partũ uẽditũ ab hę-

rede ſuris uſucapi poſſe à bonę fidei emptore: & Fulgoſ. ſequit Caſtr. ibidē. n. ult. ad mediū.

Sed profecto Fulgoſius decipitur, & qui illum ſequūtur, nā Scęuola in vtroq; caſu reprobat Marcellū: & vltra generalitatē verborū, quibus vtitur, id ſuadet ratio, quā adducit, qđ ſcilicet, non ſit pars rei ſurtiuæ: quæ ratio æquè militat in vtroq;. Deinde additamentū Fulgoſij eſt falſum; quia licet à parte rei in hærede ſuris detur ignorantia furtiuitatis; hęc tamen nō poteſt appellari bona fides; cu a iure conſtitutū ſit, vt hæres ſit vitiorū ſucceſſor, licet ignoret, d. l. ſi ego, §. partus, ff. de Publiciana, l. cum hæres, ff. de diuerſ. & tēp. lata Doctorū congerie ad varia tradit inſignis Couar. in relect. Regulæ. poſſeſſor malæ fidei, 2. parte. §. 9. à nu. 1.

19 Tertius caſus † eſt, quando fetus ancillæ furtiuæ concipitur apud ſurem, vel eius hæredē; & editur apud bonæ fidei emptorē. In quo ēt ſecurè reſoluit Vlp. in noſtro §. ancilla, eſſe furtiuū, & inuſucapibilē, vt patet ibi: *Siue apud bonæ fidei poſſeſſorem*; &c. & ratio eſt; quia ancilla dū prægnans eſt, contrectari creditur, ex ſupra dictis; & ita ēt iā in vtero partus, efficitur quaſi furtiuus, l. penult. ff. de ſtatu homin. atque ita partus illo vitio reali affectus, dicitur furtiuus, & conſequenter inuſucapibilis: non tanquam pars matris ſurtiuæ, ſed tanquā quid potētialiter p ſe exiſtens. idē innuit Vlp. in d. §. Scęuola.

20 Quia tamen † partus ille verè, ac realiter nō contrectatur à bonę fidei poſſeſſore, apud quē editur: nec in eodē, dū eſt in vtero, detur naturalis contrectatio: ceſſat actio furti contra bonæ fidei poſſeſſorē, noſtro §. ancilla, licet quo ad alios iuris effectus, dicendus ſit furtiuus.

21 Verū † contra ſuppoſitum tertium caſum obſtat maximè Scæuola, in d. l. ſi aliena, §. Scæuola, ff. de vſucap. dum videtur approbatus ab Vlp. ex eo, quod vltimo loco relatus nō reprobetur, iuxta ſupra dicta. Verba autem Scæuolę ita ſe habent: *Ceterū ſi eſſet pars, nec ſi apud bonæ fidei emptorem peperiſſet, vſucapi poterat*. Vbi volens reprobare rationem Marcelli, qui putabat propterea partum in hoc caſu eſſe furtiuū, quia erat pars rei furtiuæ: argumētatur ab abſurdo, dicens; quod ſi partus eſſet rei furtiuę pars, ſequeretur, non poſſe vſucapi, quāuis ederetur apud bonæ fidei emptorē: quaſi pro comperto habens, quod editus apud bonę fidei emptorē, licet conceptus apud ſurem, vſucapi poterat. Quod tñ apertè inficiatur Vlp. in noſtro §. ancilla. Nec deinde credibile eſt, Vlpianū ſibi ipſi repugnare, dum Scæuolam ſibi contrarium, vltimo loco referens in d. §. Scæuola, eūdem videatur approbare, quidquid dicat gloſ. verbo, ignorabam, ante med. in l. ſi ego 11. §. partus, ff. de Publiciana. vbi putat d. §. Scæuola, verſ. ceterum, corrigi per noſtrū §. ancilla.

Vnde pro ſolutione communiter circumfertur, quod hic tantum approbatur ratio Scæuolæ, non vero opinio, vt aliàs explicauimus in caſu præcedenti. Verum hæc conciliatio quoad hunc vltimū verſ. d. §. Scæuola. eſt incepta: nā ſi Vlpianus referens Scęuolam, ſolam ipſius rationem probare niteretur; ſufficiebat, quod in verſ. præced. dixerat, partū non eſſe, partē rei furtiuæ: cum verſ. vltimus, hanc rationem amplius non confirmet, ſed potius eius opinionē. Cū igitur ante verſ. vlt. in d. §. Scæuola, duo ponerentur, ſcilicet opinio, & ratio Scæuolæ (& rationē dumtaxat Vlp. ſequatur, vt diximus) & in verſ. vlt. Scæuola per deductionē ad abſurdum, principaliter inferat ad aliā ſpeciem (quā ſecurè putat verā) minus principaliter cōfirmando ſuā rōnem, ſequitur, non eſſe aptam prædictā concordiā. Immò, ſi verū amamus, Scæuola in d. verſ. vlt. iam non probat rationē ſuā contra Marcellū; ſed potius rationē, & fundamentū Marcelli deducit ad abſurdum in cōfirmationem ſuæ opinionis; quā prædixerat; & ita, licet hæc deductio ad abſurdum, probet ēt rationem Scæuolæ cōtra Marcellum, (quā dicimus Vlpianum ſequi) hæc tamen probatio eſt à poſteriori, & conſecutiua opinionis Scęuolæ; Vnde, ſi illius dictum in hoc verſ. vlt. recipitur, ſaltem ad confirmationē rationis cōtra Marcellum, neceſſariò, & implicitè debet admitti eius opinio, à qua argumentum ducit.

Verius igitur eſt, quod I. c. Scæuolæ, in d. §. Scæuola, verſ. vlt. approbatur per Vlpianum, non ſolum quoad impugnationem rationis Marcelli, ſed etiam quoad eiuſdē Scęuolæ opinionem relatā in d. verſ. vlt. quia dū in loco poſtremo refertur ab Vlp. (vel à cōpilatoribus) ꝓbata debet cēſeri, iuxta ſupradicta, iūcta l. 2. verſ. cōtrariū aūt, C. de veteri iure enuleādo.

22 Nec autem tunc † maneat contrarietas inter d. §. Scæuola, & d. §. ancilla, aduertendum eſt, mentem Scæuolæ, & robur argumenti per deductionem ad abſurdum, comprehendere duos caſus, ſcilicet iſtum, in quo ſumus, quando ancilla concepit apud ſurem, & peperit apud bonæ fidei emptorem: & caſum, quo cōcepit, & peperit apud bonæ fidei poſſeſſorem: nam vtrobique militat impugnatio, quam cōtra Marcellum Scæuola producebāt; etenim, ſi vt putabat Marcellus, fetus conceptus apud ſurem, vel eius hęredē, & apud eundē editus, furtiuus eſt, & inuſucapibilis, quia pars eſt rei furtiuæ, ſequitur, quod etiam furtiuus erit, & inuſucapibilis, quamuis edatur apud bonæ fidei poſſeſſorem; vel concipiatur, & edatur apud eundem, cum adhuc ancilla furtiua ſit, & inuſucapibilis. Cum igitur hæc argumentatio æquè comprehendat utrumque caſum, & in Primo nō poſſit eſſe uera opinio, & argu-

mentum

Digitized by Google

mentum Scæuolæ, propter noſtrum §. ancil-
læ, cuius auctor eſt Vlpianus, qui Scæuolam,
refert in d. §. Scæuola, & conſequenter repro-
bare creditur. In Secundo autem caſu, ſit vera
opinio Scæuolæ, & rectè procedat argumen-
tatio (vt in ſequenti caſu oſtendetur) ſequitur,
quod Scæuola in d. §. Scęuola, verſ. vlt. refertur
in ijs terminis, in quibus poteſt probari, tam
quoad opinionem, quam quoad rationem; vi-
delicet, quod fetus conceptus fuit, & editus
apud bonę fidei poſſeſſorem, vt ſentit gloſ. ibi-
dem, ſcholio vltimo, dum refert text. in l. non
ſolum, ff. de vſucap. qui loquitur de partu con-
cepto, & edito apud bonę fidei emptorem. Cla
rius idem Accurt. verbo, cum etiam, in l. ancil-
læ, 13. C. de furtis, ſecundum quem intelligen-
di modum rectius, & à fortiori procedit argu-
mentum ab abſurdo, cum abſurdus ſit dicere,
partum cõceptum, & editum apud bonæ fidei
poſſeſſorem, eſſe furtiuum, & inuſucapibilem.

23 Quartus, & vltimus † caſus eſt, quando par-
tus concipitur, & editur apud bonæ fidei poſ-
ſeſſorem. In quo ſecurè reſoluit Vlp. in noſtro
§. ancilla, non eſſe furtiuum, & conſequenter
vſucapibilem: ſequitur Iauolenus in l. non ſo-
lum, ff. de vſucap. Imper, in l. ſi matrem, C. pro
emptore. Ratio eſt: quia cum peritus iſte non
ſit pars rei furtiuæ, vt ſupra probauimus; nec
item bonæ fidei poſſeſſor verè, aut cenſura iu-
ris partum illum contrectare videatur; nec ab
alio iuris cenſura contrectatum accipiat, vt ſu-
pra probauimus in fure, & eius hærede, nihil
mirum quod furtiuus non ſit, ſed tantum alie-
nus, & vſucapibilis.

24 Huic tamen † reſolutioni obſtant multa,
quæ ſupra in initio propoſuimus: & in primis
I.c. Paulus, in l. 4. §. de illo, ff. de vſucapione,
dum ita ſcribit: *De illo quæritur, ſi ſeruus meus an*
cillam, quam ſubripuit, pro libertate ſua, mihi de-
derit; an partum apud me conceptum vſucapere
poſſim? Sabinus, & Caſſius non putant: quia poſſeſ-
ſio, quam ſeruus vitioſè nactus ſit, domino noceret;
& hoc verum eſt. Sed et ſi, vt ſeruum manumitte-
rem, alius mihi furtiuam ancillam dederit, eaque
apud me conceperit, & pepererit, vſu me non captu
rum; idemque fore, etiamſi quis eam ancillam me-
cum permutaſſet, aut in ſolutum dediſſet; item ſi do-
naſſet; &c. Hæc I.c. Paulus. Quæ è fronte obu-
iant Vlp. in noſtro §. ancilla, quatenus in bonę
fidei poſſeſſore vſucap. procedere reſpondet.

Et quod attinet ad primam ſpeciem, a qua
Iul. Paul. exorditur, parum dubitarē ex eo, qđ
ſit certiſſimi iuris regula, ſerui ſubtrahentis an-
cillam, & domino pro ſua libertate dantis ſciē
tiam præiudicare vſucapioni per dominum li-
cet ignorantem, & bona fide poſſidentem in-
choandæ, vt tradit Africanus, in l. cum manci
pium, Si ff. de ædilit. edicto, (de qua alibi latius
Deo duce) ſentit text. in l. Hæres, 43. §. 1. iun-
cta gloſ. vlt. ff. de vſucap. & clarius reddit ratio
nem, d. §. de illo, ibi: *Quia poſſeſſio, quam ſeruus*
vitioſè nactus ſit, domino noceret; &c. gloſſa, ver-
bo, domino; & in fortioribus terminis text. in
l. 2. §. & ſi quod non bona, ff. pro emptore.
Imola, vltra alios, in d. §. de illo, poſt med. vbi
ſcientiam ſerui in hac, & ſimili materia indi-
ſtinctè domino nocere dicit.

25 Nec huic † reſolutioni obſtabunt text. aliàs
difficiles, in l. qui ob pactionem, 9. & in l. ſer-
uus, 10. ff. pro emptore, vbi in vtraq; ita ſcri-
bit idem Iulianus: *Qui ob pactionem libertatis*
ancillam furtiuam à ſeruo accepit, poteſt partum
eius, quaſi emptor vſucapere, & in l. ſeruus: *Seruus*
domino, ancillam, quam ſubripuerat, pro capite ſuo
dedit, eaq; concepit: quæſitum eſt, an dominus eius
partum vſucapere poteſt? Reſpondi, hic dominus,
quaſi emptor partũ vſucapere põt: nãq; res ei abeſt
pro hac muliere: & genere quodã venditio inter ſer
uum, & dominũ contracta eſt. Quibus verbis vide
tur directò oppugnari d. §. de illo, in princip.

Verum omiſſis gloſſæ, & Doctorum vtro-
biq; ſcribentium diuinatiuis conciliationibus,
quæ mentem Iuliani I.c. nequaquã attingunt,
aduerte Iulianum in vtroq; textu, ſolum in-
tendere aſſignare titulum, ex quo dominus in
vtraq; ſpecie ancillam poſſidet, vt partum an-
cillæ furtiuæ penes ſe conceptum, & natum
vſucapere poſſit: vt patet in d. l. qui ob pactio-
nem, ibi: *Poteſt partum eius quaſi emptor vſuca-*
pere; & in d. l. ſeruus, ibi: *Quaſi emptor, dominus*
vſucapere poteſt; & ibi: *Et genere quodam vendi-*
tio inter ſeruum, & dominum contracta eſt. Ex qui
bus apparet, totum eſſe in oſtendẽdo titulum,
ex quo vſucap. eſt partus ancillæ ſubreptæ, eſ-
ſe quodãmodo pro emptore, vt conſiderat Cu-
iac. in d. l. qui ob pactionẽ, & lib. 4. Obſeruat.
ca. 8. Quæ omnia Iul. non abs re perſerutatur;
nã certũ erat (vt ipſe pro regula ſtatuit, in l. nõ
ſolũ, 33. ff. de vſucap. & in l. ſi ego, 11. §. partus,
ff. de Public.) eos, qui poſſident ancillã furtiuã,
ex ea cauſa, quã vſucap. ſequi ſolet, partũ ancil-
læ furtiuæ vſu ſuũ facere; vt igitur in ſpeciebus
d. l. qui ob pactionem, & d. l. ſeruus, oſten-
dat dari titulum habilem ad vſucap. dixit, con
uentiones ſuper ſerua furtiua (de quibus ibi
agebatur) accedere venditioni, & emptioni.

26 Ex quibus Primo † colligitur, decipi gloſ.
quã ſequitur Imola, & alij, in d. l. qui ob pactio
nem, dũ inquit, titulũ de quo ibi, potius pro ſo-
luto eſſe, quã pro empore: contra id, quod prin
cipaliter intẽdit I.c. nã licet Iul. apertè innuat,
nõ dari ibi verã venditionẽ (vt tantũ euincunt
fundamẽta gloſ. Imolę, & reliquorũ) venditio
nẽ tñ quodãmodo eſſe: atq; manifeſtè I.c. oſtẽ
dit, actum hunc inter ſeruum, & dominũ, pro-
ximũ potius eſſe venditioni, quã alij cõtractui.

27 Colliges deinde, quod † Iulianus in vtroq; textu nihil circa effectualem vſucapionem decidit, ſed vſucapiendi dumtaxat potentiam oſtendit. Cum igitur quoad ea; quæ minus principaliter dicuntur, debeant ſupponi termini habiles, vt notãt Doctores, per text. in l. qui teſtamento, in princip. ff. de teſtam. dicendũ eſt, quod in d. l. qui ob pactionem, ancilla furtiua, quam ſeruus pro ſuo capite dedit, non eſſet ab eodem ſeruo ſubrepta, nec ſciret eſſe furtiuam: nam aliàs prima cauſa infectæ, & vitioſæ poſſeſſionis domino noceret; & ita lex iſta diuerſum decidet à lege ſequenti. Quam ſuppoſitionem comprobat gloſ. verbo, vſucapere, in d. l. ſeruus. ff. pro emptore. Bart. Imola, & alij, in d. l. qui ob pactionem, licet mentem principalem I. conſulti non fuerint aſſecuti.

28 Quoad † text. verò in d. l. ſeruus, ſupponendum eſt cum Ioanne veteri gloſſatore, quem ibidem refert, & ſequitur Accurt. d. verb. vſucapere. Bart. Imol. & ceteris ordinarijs; quod ſeruus, tempore, quo ancillam à ſe ſubreptam tradit, eſſe iam liberum: quo caſu vitioſa antiqui ſerui poſſeſſio nouo patrono non nocet; quia dominus iam ſuccedit tanquam diuerſus, & particularis ſucceſſor, cui vitium autoris nõ nocet, vt in terminis eleganter conſiderat Imola vbi proximè, quem iuuat Rubr. C. ne ſeruus pro ſuo facto, vbi ſeruus manumiſſus, etiam quoad ſe, diuerſus homo eſt, cum per manumiſſionem nouus homo fiat, l. ſeruus legatus, 27. §. 1. in fine, ff. de adimend. legat. cum ſimilibus.

Nec huic ſuppoſitioni obſtabunt ea verba, ibi: *Et genere quodam venditio inter ſeruum, & dominum contracta eſt*; Quia tantum oſtendunt qualitatem conuentionis initæ inter ſeruum, & dominum, ad effectum, de quo ſupra: non verò euincunt coſummationem conuentionis, quæ traditione rei fit, celebratam, fuiſſe ab eodem ſeruo adhuc in ſeruitute conſtituto.

29 Hæc quoad † primam ſpeciem, de qua Iul. Paul. in d. l. 4. §. de illo, quoad reliquas verò, dum dicit ſemper, & indiſtinctè partum eſſe furtiuum, & conſequenter inuſucapibilem, miram continet antynomiam cum noſtro §. ancilla, & cum regula Iuliani, in d. l. non ſolum, 33. ff. de vſucapionibus.

Vt autem diſcordia iſta ſedetur, neceſſariò dicendum eſt, I. c. Paul. in d. §. de illo, loqui, quando bonæ fidei poſſeſſor ancillæ furtiuæ, quæ penes eum poſtea concepit, antequam pareret, reſciuit eſſe alienam, ac per conſequẽs, poſtquam orta erat mala fides, quæ incipiendæ vſucapioni partus obeſt, iuxta vulgaria iuris principia, quæ dictant malam fidem ſuperuenientem ceptæ dumtaxat vſucapioni non obeſſe, l. 1. C. de vſucap. transform. §. diutina, Inſt. de vſucap. Quam interpretationem colliges ex eodem §. de illo, ibi: *Si antequam pariat, alienam eſſe reſcierit emptor, diximus non poſſe eum vſucapere*; &c. quaſi dicat I. c. quando diximus, non poſſe partum vſucapi, intelleximus eo caſu, quo mala fides oritur in poſſeſſore antequam partus edatur, vt ita vſucapioni inchoandæ præiudicet: alioquin ineptè ſubiungeret I. c. ſe dixiſſe poſſeſſorem bonæ fidei non poſſe vſucapere partum, quando ante eius editionem ſciuit ancillam alienam eſſe; niſi intelligeret in præcedentibus ſpeciebus dari malam fidem de nouo ortam ante partum ancillæ editum: nam integer ille verſ. ſi antequam, eſt ſolum declaratiuus præcedentium, vt patet; & ita intelligit gloſſa ibidem, verbo, conceperit, & in l. qui ob pactionem, ff. pro emptore, & verbo, vſucapere, in l. ſeruus, 10. ff. eodem tit. ſequitur Cuiac. in d. l. 4. §. hæres, ff. de vſucap. Imola, in d. §. de illo.

30 Nec † obſtat, quod I. c. in d. § de illo, circa primam ſpeciem, non ad ſuperuenientem malam fidem domini poſſeſſoris, ſed ad qualitatem poſſeſſionis per ſeruum vitioſè quæſitæ, & domino traditæ, recurrit: quaſi idem videretur dicendum in reliquis, vt non ad ſuperuenientem malam fidem, ante editionem partus, ſed ad qualitatem poſſeſſionis, & rei furto ablatę reſpectus habeatur. Reſpondetur enim, quod cum in eodem textu conſtet I. c. loqui in præcedentibus ſpeciebus, de ſuperueniente mala fide ante editionem partus, vt patet ex verſ. ſi antequam, vt ſupra explicauimus: non eſt dubitandum, quin prædicta interpretatio ſit vera. Id autem, quod conſiderauimus, ſolũ euincit, quod in prima ſpecie, quæ agit de vitioſa ſerui poſſeſſione, datur peculiaris ratio (vt ſuperius expoſuimus, & notat Imola ibidem. poſt med.) ob quam citra malam fidem domini partus manet inuſucapibilis: quæ peculiaris ratio ſi non daretur, adhuc declaratio I. c. in d. verſ. ſi antequam, vtpote generalis, ad primam quoque ſpeciem porrigeretur.

31 Ex dictis † igitur colligitur notabilis declaratio ad noſtrum §. ancilla, verſ. ſed ſi concepit, vt ſcilicet partus conceptus, & editus apud bonę fidei poſſeſſorẽ, vſucapi poſſit, niſi ſuperueniat ſcientia rei alienæ, & ita mala fides, antequam idem partus edatur, iuxta d. §. de illo, vt ſupra enucleauimus, & latius infra oſtendemus.

32 In ſupra poſito † quarto caſu occurrit adhuc illa difficultas, quæ oritur ex l. ſi ancilla, ff. pro ſuo, vbi loquens I. c. de partu concepto, & edito apud bonæ fidei poſſeſſorem, inquit, ſuperueniente ſcientia furtiuitatis, interrumpi

vſuca-

Digitized by Google

vſucapionem, cum aliàs attento eodem iure ciuili, ſuperueniens mala fides cœptæ vſucapioni non obſit; & vltra vulgaria principia, in terminis probat text. in l. 4. §. de illo, in fine, ff. de vſucapionibus.

33 Pro qua † difficultate tollenda præſciẽdum eſt Primo, in hac materia aliud eſſe ſcientiam rei alienæ, prout cõſtituit malam fidem; aliud, ſcientiam rei furtiuæ, vt ſentit text. in d. l. 4. §. de illo, ff. de vſucap. & d. l. ſi ancilla, notat gloſ. magiſtra, verbo, ignorabam, in l. ſi ego, §. partus, ff. de Publiciana. gloſ. etiam magiſtra, verbo, cum etiam, in l. ancillæ, 12. C. de furtis. vbi Petrus de Bellapertica, col. penult. Fulgoſ. nu. 4. poſt med. Paulus Caſtr. num. vlt. multo poſt med. & reliqui ibidem: nam ſcientia rei alienæ, non imponit vitium reale, ſed tantum inducere poteſt malam fidem: at ſcientia rei furtiuæ, inurit, ſeu potius declarat vitium reale: furtum enim generat in re furtiua vitium cohærens, vt probant Impp. in l. ſi abducta, 10. C. de furtis. ibi: *Propter cohærens vitium*; &c. Fulgoſ. in d. l. ancillæ, nu. 2. Quomodo autem poſſit dari ſcientia rei alienæ, quin detur rei furtiuæ in re mobili, vel ſe mouente, facile eſt excogitatu, v. g. quia cum poſſit aliquando res aliena titulo commodati, depoſiti, vel ſimili, eſſe penes defunctum, & hæres putans propriam, venderet, ſequitur in ea furtũ non committi abſque affectu furandi, vt conſtituit Imp. in §. ſed tamen, Inſt. de vſucap. Si igitur, quis tertius poſſeſſor ſciat rem illam eſſe alienam, non ob id ſequitur, eſſe furtiuam. Vnde, licet in noſtra ſpecie furtiua ſit, cum dabilis ſit caſus, in quo furti vitio careat, vt proximè notauimus, benè poteſt ab vno, & eodẽ exiſtimari aliena, quin furtiua. ergo in hac materia, conſcientia rei alienæ, & rei furtiuæ, ſeparabilis eſt, ita, vt eadem res in ſe furtiua, poſſit exiſtimari vt aliena, non tamen vt furtiua.

34 Secundò † præſciendum eſt, malam fidem ortam ex conſcientia rei alienæ, attento iure ciuili ſolum officere exordio vſucapionis, & nõ progreſſui, vt probat d. l. 1. C. de vſucapione trãſfor. §. diutina. Inſt. de vſucap. & eſt conſtans iuris veritas.

35 Tertiò † præſciendum eſt, res quæ ſunt in ſuo toto, tanquam partes non incipere poſſideri, ad effectum vt ſingulæ vſucapiãtur; (quia quid per ſe exiſtens tunc conſiderari nequit) niſi poſtquam ſeparantur, vt probat Iauol. in l. cum qui, ff. de vſucap. & ita partus, dum in vtero eſt, pars eſt quodammodo viſcerum matris, l. 1. §. ex hoc reſcripto, ff. de ventre inſpiciendo: nec pro iam nato pet id temporis habetur, quoad effectus facti, niſi poſtquam naſcitur, l. 3. ff. ſi pars hæreditatis petatur, l. in lege Falcidia, 9. ff. ad leg. Falcid. & conſequenter, non incipit poſſideri, niſi poſt quam editus eſt, vt expreſſit Vlp. in l. ſi ego 11. §. partus, ff. de Publiciana, ibi: *Etiamſi ab eo, qui emit poſſeſſus non eſt*; &c. vbi loquens de partu concepto apud bonæ fidei poſſeſſorem, inquit, ab eodem non eſſe poſſeſſum, & nihilominus ex æquitate competere Publicianam. Nec ferendus eſt Accurt. ibidem, verbo, poſſeſſus, in fine, dum inquit, partum tanquam viſcerum maternorum partẽ eſſe poſſeſſum, cum mater poſſeſſa fuerit: nam vltra quam quod loquatur contra d. §. partus, in relatis verbis: loquitur etiam contra text. in d. l. eum, qui, ff. de vſucap. vbi I. C. in toto denegat poſſeſſionem partis, vt partis, eo maximè, quia ſi veritatem ciuilem, & naturalem attendamus, fetus in vtero nec eſt pars, nec dici poteſt reſpectu matris: quia poteſt abeſſe, & adeſſe ſine vlla mutatione ſubiecti; pars autem ita ſe habet ad totum, vt ſine illa mutetur, vel corrumpatur, vel ſaltem imperfectior reddatur; quod non ita euenit in partu in vtero exiſtente; niſi abuſiuè partem dicamus, quatenus inter partes matris internas verſatur, & eadem alimonia nutritur, qua & ipſa.

36 Vnde intelliges † Iul. Paul. in l. ſi prægnans, 42. ff. de euict. vbi inquit, euicto partu ancillæ venditæ prægnantis, non competere pro euictione partus actionem ex empto: nam id intelligitur de partu, quaſi parte, quæ quidem non eſt, iuxta ſupradicta: & ſatis innuit ibi: *Quia partus venditus non eſt*: ac ſi diceret, propterea non datur actio ex empto, de euictione partus, vt partis matris venditæ, quia pars non eſt, & ob id venditus non dicitur: alioquin ratio non congrueret. Et ita conciliatur cum Iuliano in l. venditor, 8. ff. eodem tit. vbi inquit, pro partu ancillæ prægnantis venditæ euicto competere actionem ex empto, vt videlicet actio ex eo competat, quod venditor tenetur præſtare emptori, quanti eius intereſt ancillam factam fuiſſe ipſius in quo ratio partus veniebat; vt ibidem docet Iulianus, ſtatim in principio: non verò ex eo, quod partus in vtero venditus ſit tãquam pars matris.

37 Quarto † præſciendum eſt, partum ancillæ emptæ, ſiue quocunque alio iuſto titulo quæſita, conceptum, & editum apud bonæ fidei poſſeſſorem, eodem titulo, quo mater, non vſucapi, ſed tantum titulo pro ſuo, vt exprimit I. C. in l. ſi ancilla, ff. de vſucap. ibi: *Neque idem, & pro ſuo*; &c. expreſſit etiam gloſ. verbo, ancillæ, in l. non ſolum, ff. de vſucap. & verbo, partum, in l. ſi ego, §. partus, ff. de Publiciana.

38 Nec obſtat † Primo text. in l. non quocunque,

que, 82. §. Iulianus, quod ſi, ff. de legatis 1. vbi deciditur, quod partus ancillæ emptæ, non videtur habitus ex cauſa lucratiua. Idem docet text. in l. ſi quod ex Pamphila, 73. ff. de legatis 2. quaſi titulus matris porrigatur ad partum. Etenim reſpondetur, vtrumque text. loqui in partu ancillæ prægnantis venditæ, vt patet in d. §. Iulianus, ibi: *Et ea apud me peperit*; &c. non verò dicit, *Concepit*. patet etiã ibi: *Quod euicto eo, actio ex empto competit*; iunctis ſupra proximè dictis. Et ibidem notat gloſſa, verbo, mercatus. Patet etiam ex d. l. ſi quod ex Pamphila, ibi: *Eaque apud me ſit enixa*; &c. & ibi: *Tanquam iſtum emiſſem*; &c. & ibidem notat gloſ. verbo, grauidam, & verbo, lucratiua. Imola, in l. qui ob pactionem, ad finem, ff. pro emptore. Inſuper præcitata iura non dicunt, partum eodem titulo oneroſo matris acquiſitum cenſeri, ſed potius dicunt, non videri habitum ex cauſa lucratiua, ad effectum petendæ æſtimationis, ſi partus eiuſdem ancillæ legatus eſt, iuxta regulam Imp. in §. ſi res aliena, Inſt. de legatis. Vnde manifeſtè ſentiunt, titulum matris non extendi ad partum.

Nec † obſtat ſecundò text. in l. ſi ego, 11. §.
39 partus, ff. de Publiciana ibi: *Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua cauſa matrem vſucapere poſſem, ſi furtiua non eſſet, ex ea cauſa partum, me vſucapere, ſi furtiuam eſſe matrem ignorabam*; &c. Reſpondetur enim, ex alijs clarioribus verbis eiuſdem I. c. Iuliani, qui eandem doctrinam proponens ita inquit, in l. non ſolũ, 33. ff. de vſucap. ibi: *Omnes, qui poſſident ex ea cauſa, quam vſucapio ſequi ſolet, partum ancillæ furtiuæ vſu ſuum faciunt*; &c. vbi oſtenditur, Iulianum non dicere, ex eadem cauſa, ex qua habemus ancillam (quam propter cohærens furti vitium vſucapere non poſſumus) partum eius vſucapere nos poſſe: ſed illud tantum aſſerere, quod ſi quis poſſideat ancillam furtiuam, ex ea cauſa, ex qua aliàs producitur vſucapio, niſi impediret vitium cohærens; in partu quoque apud eundem concepto, & edito procedat vſucapio, eo videlicet titulo interueniente, qui dari poteſt, iuxta iuris principia, qualis eſt titulus pro ſuo: quem tamen non expreſſit Iulianus ibidem: nam ſi eodem titulo partus vſucaperetur, ſequeretur abſurdum, nempè, quod procederet vſucapio in re ex titulo, qui circa illam omninò non interuenit; vtpote quia ille partus poſt titulum emptionis, donationis, vel ſimilis, fuit conceptus, & editus, & iam ad antiquum titulum ſolus occaſionis reſpectus haberi poteſt, vt inquit gloſ. verbo, partum, in d. §. partus, & gloſ. verbo, capietur, in l. iuſto, §. & poſſeſſionis, ff. de vſucap. ſequitur Bald. in l. ancillæ, 12. C. de furtis, quem ibidem ſequitur, & laudat Caſtrenſis, nu. vlt. Et hanc doctrinam confirmat Iul. Paul. in l. 2. verſ. item quæ, ff. pro ſuo. vbi circa partem, vel fructus rei emptæ, vel donatæ, inquit dari dumtaxat titulum pro ſuo: quia cum has res non poſſideat quis ex titulo antiquo ſuæ cauſæ, cum ab illa diuerſæ ſint, ſed potius pro ſuo, quia putat ex ſuo proficiſci, manifeſtè oſtenditur, titulum, quo vſucapi poſſunt, eſſe pro ſuo tantum. Nec aliud ſuadet Vlp. in l. 1. ff. pro ſuo, ibi: *& pro emptore, & pro ſuo poſſideo*; &c. & ibi: *Vel pro donato, vel pro legato, etiam pro ſuo poſſideo*; &c. Quia reſpondetur, loqui in terminis, in quibus in eadem re verſatur titulus alius, ſcilicet emptionis, donationis, legati, vel ſimilis; quia vel res empta, vel donata, vel legata, aut ſimiliter quæſita fuit; nam tũc etiam concurrit titulus pro ſuo, qui eſt generalis, & competit quoties dominium alicuius rei ad nos pertinere putamus, iuxta d. l. 1. in princip. ibi: *Pro ſuo poſſeſſio talis eſt, cum dominium nobis acquiri putamus*; &c. At in noſtra ſpecie, circa partum nullus titulus verſatur, ſed tantum incipit poſſeſſio pro ſuo, quæ licet aliàs generalis ſit, vt diximus, hic ſpecialis dumtaxat eſt: etenim partum ex eã tantum cauſa poſſidemus, qua noſtrum eſſe putamus, ſcilicet occaſione rei, cuius dominium nobis acquiri opinamur: Cum igitur hæc vera ſint, manifeſtè colligitur, quod Iulianus relatus ab Vlp. in d. §. partus, eundem ſenſum habere debet, quem habet ipſemet Iulianus apud ſe, in d. l. non ſolum, ne aliàs reſultet inſedabilis antinomia, & ſenſus abſurdus. Atque ita, cum mens Iuliani in d. l. non ſolũ, ſit, vt iuſta cauſa, vel titulus, qui vſucapionem induceret in ancilla, niſi furtiua eſſet, præſtet etiam vſucapiendi occaſionem in partu eiuſdem ancillæ, creditur Vlpianus eundem Iulianum referens in d. §. partus, verſ. idem Iulianus, eandem mentem tenere, vt ſcilicet velit, quòd ex qua cauſa matrem vſucapere poſſem, niſi furtiua eſſet, ex ea cauſa partum me vſucapere; non quidem in vim tituli, ſed in vim occaſionis, vt ibidem ſentit gloſ. in vltima ſolut. cum qua videtur reſidere in d. verbò, partum, in fine. Et merito gloſ. ita ſecurè reſoluit, vtpote gnara, titulum non niſi immediatũ poſſe vſucapioni proficere: at ille titulus, quo mater quæſita fuit, non eſt immediatus vſucapioni partus poſtea concepti: immò, nec mediatus, quia nemo vel mediocriter eruditus, poteſt aſſerere, quòd partus conceptus, & editus apud bonæ fidei poſſeſſorem, poſt titulum, quo mater eius fuit acquiſita, aliqualiter poſſidetur eo titulo, qui interuenit in acquiſitione matris. Solum ergo poſſumus dicere, prędictum matris titulum occaſionẽ præſtitiſſe.

Nec

40 Nec † contrarium innuit Iulianus & Vlp. in d. §. partus, & in d. l. non ſolum, dum vtitur particula (*ex*), quæ denotat cauſam immediatam, vt notat Bart. per text. ibi, in l. eo tempore, §. vlt. ff. de peculio, ex pluribus tradit Dec. in cap. 1. in princip. extra, de iudicijs: nã vtrobique Iulianus vult, quod ex ea cauſa, ex qua ancilla vſucaperetur, niſi furtiua foret, oritur immediatè, & neceſſariò cauſa, ob quã partus vſucapitur: nimirum, quia vbi primum ancillam furtiuam bona fide emimus, ſtatim illã pro noſtro poſſidemus, quaſi per emptionem dominium nobis acquiſitum eſſe putemus, iuxta l. 1. ff. pro ſuo, & poſtea conceptum, & editum partum poſſidemus, vt ex re noſtra, mediante præfato emptionis titulo, ergo ex illomet titulo, quo mater vſucaperetur, (niſi furtiua foret) tanquam à cauſa immediata oritur titulus, quo partus vſucapitur, videlicet, pro ſuo.

41 Vel † tandem nec ineleganter poteſt intelligi Iulianus relatus in d. §. partus, verſ. idem Iulianus, & in d. l. non ſolum, vt velit ex vna, eademque cauſa, & titulo, quo mater vſucaperetur, niſi furtiua eſſet, partum quoque vſucapi: nam ſupra diximus, titulum pro ſuo eſſe generalem ad vſucapionem, etſi concurrat alius, vt exprimitur in d. l. 1. ff. pro ſuo. Cum igitur vltra titulum, quo mater tradita fuit, v. g. emptionis, donationis, legati, vel ſimilis, detur etiam titulus pro ſuo, quo itidem poſſit mater vſucapi (niſi furtiua eſſet) d. l. 1. & nos dicamus, partum eiuſdem ancillæ titulo pro ſuo vſucapi: merito aſſeuerare poſſumus, ex qua cauſa matrem vſucaperemus, niſi furtiua foret, ex ea partum vſucapere nos poſſe: quaſi tam matrem, quam partum æque reſpiciat titulus pro ſuo. Ea tamen adhibita declaratione, vt titulus pro ſuo, qui tunc conſideratur reſpectu partus, non ſit illemet, qui pro matre datur; ſed nouus, & de nouo habitus pro vſucapione partus.

42 Ex † quibus primò infertur, deceptum fuiſſe Petrum de Bella pertica, in d. l. ancillæ, 12. C. de furtis, col. vlt. dum inquit, partum conceptum & editum apud bonę fidei poſſeſſorẽ, poſſe vſucapi ex duplici cauſa, altera remota, altera verò proxima, ſcilicet ex cauſa, qua mater eius vſucapi poſſet, niſi furtiua eſſet, & ex cauſa ſiue titulo pro ſuo, qui proximus eſt; Petrum ſequitur Fulgoſ. ibidem, num. 4. nam ex ſupradictis confunditur: tum, quia illa cauſa remota, ſiue mediata conſiderari nequit cum effectu: tum etiam, quia cauſa, quæ præſtat anſam vſucapioni, non niſi proxima eſſe poteſt. & merito Petrum tacitè damnat Caſtrenſis, ibidem, nu. vlt.

43 Infertur † deinde, deterius hallucinatos fuiſſe eos, quos refert Petrus vbi ſupra, qui putarunt, partum ancillæ furtiuæ, conceptum, & editum apud bonæ fidei poſſeſſorem, vſucapi ſine titulo, ita inducendo l. quod vulgo, ff. pro emptore. Sed merito eoſdem damnat Petrus, ibidem, & certè loquuntur contra text. in l. 2. verſ. item quæ, & in l. ſi ancillam, ff. pro ſuo, & contra eorum ſententiam, quos ſupra retulimus: nec recurrendum eſt ad regulam d. l. quod vulgo, cum ſimilibus, niſi iuſta cauſa interueniente, quæ extrinſecus adueniat, iuxta terminos text. in l. vlt. in fine, ff. pro ſuo. At in noſtris terminis, eo ipſo, quod mater penes me eſt ex iuſto titulo, ſtatim ſuccedit ſpecialis titulus pro ſuo, iuxta d. l. 2. verſ. item quæ, licet alias ſit generalis, & concurrere poſſit cum alijs. Quinimmo d. l. quod vulgo, & d. l. vlt. quando dicunt ſine vero titulo aliquando vſucapi poſſe, non intelligunt procedere tunc vſucapionem ſine titulo, ſed id ſentiunt ſine titulo realiter exiſtenti, dummodo tamen ex tolerabili facti ignorantia extitiſſe putetur, & ob id, in d. l. quod vulgo, vſucapio procedit ex titulo putatiuo pro emptore, & in d. l. vlt. procedit ex titulo putatiuo pro ſuo, tradit eleganter gloſſa, in d. l. quod vulgo; ex quibus apparet, vſucapionem aliquando procedere titulo vero, & valido, vt generaliter requiritur in l. Celſus, ff. de vſucap. aliquando titulo vero, ſed inualido, qui vtilis exiſtimabatur, l. 2. §. ſi à pupillo, ff. pro emptore: aliquando tandem ſine titulo vero, valido, vel inualido, qui tamen per tolerabilem ignorantiam validus, & verus intercedere exiſtimatur, d. l. quod vulgo, d. l. vlt. quæ iuſta opinatio nomen titulo aſſignabit, iuxta ſupradicta.

44 Infertur † Tertiò deceptum fuiſſe Accurt. in l. qui ob pactionem, ff. pro emptore, vbi quærens, quo titulo dominus bonæ fidei poſſeſſor vſucapit partum ancillæ furtiuæ, quam ſeruus pro ſua libertate dedit, reſoluit vſucapionem procedere titulo pro ſoluto: nam partus, de quo ibi, non pro ſoluto, ſed pro ſuo tantum vſucapitur (datis terminis habilibus iuxta ſupradicta). Ratio eſt: quia titulus, quo mater acquiritur, ſolum cauſa eſt, ſiue occaſio tituli, quo partus vſucapitur, iuxta ſupradicta.

45 Ne contrarium † innuit text. in d. l. qui ob pactionem, quia dum meminit tituli quaſi pro emptore, non eſt ad effectum, vt partus cenſeretur vſucapi pro emptore, id enim falſum eſſet ex dictis; ſed tantum probat, quod propterea partus vſucapitur à domino, cui ſeruus ancillam furtiuam pro ſua libertate tradidit: quia tunc dominus habet titulum quaſi pro emptore, reſpectu dictæ ancillæ, ex qua partus editur; & ita ſuccedit regula eiuſdem Iuliani, in l. non ſolum, 33. ff. de vſucap. quam

ſupra

ſupra latè enucleauimus. Ratio autem dubitandi erat ad l. qui pactionem, cum l. ſequenti, quod non videretur iuſto titulo habita dicta ancilla; & conſequenter non poſſe iuſte produci titulum ad partum poſtea concipiendum, & propterea reſoluit I.c. ibi dari quaſi emptionem (ut ſupra latè explicauimus) ad effectum, ut mater furtiua pro emptore poſſeſſa videretur, ut ita ſuccederet d. regula, l. non ſolum, ff. de uſucap. quod uidelicet omnes, qui ex ea cauſa ancillam furtiuam poſſident, ex qua uſucapio ſequi ſolet, partum eiuſdem ancillæ furtiuæ ſuum faciunt, uidelicet titulo pro ſuo.

46 Quintò, & † vltimò principaliter præſciendum eſt, titulum pro ſuo, non eſſe quid extrinſecus adueniens, ſed qualitatem quandam poſſeſſionis, quam ſi præcedat iuſta aliqua cauſa, reducitur ad legitimum titulum, & uſucapioni anſam præſtat: & propterea inquit Iul. Paul. in l. 2. ff. pro ſuo, titulum, quem dicimus pro ſuo, eſſe ſpeciem poſſeſſionis, ut patet ibi: *Eſt ſpecies poſſeßionis, quæ vocatur pro ſuo*; &c. & hinc eſt, quod licet reliqui tituli completa uſucapione finiantur: non enim tunc quis pro ſoluto, pro emptore, pro donato, uel ſimili poſſidet, quia iam euanuere, cum in re tantum aliena conſiſtant, & ad effectum adijciendi dominium: titulus tamen pro ſuo, etiam poſt uſucapionem durat, ut ex ſententia Marciani docet Vlp. in l. 1. in ultimis uerbis, ff. pro ſuo, qui ſcilicet, eſt qualitas poſſeſſionis, quæ tametſi in rebus alienis, quatenus noſtras putamus, inſit, ut traditur in d. l. 1. nihil tamen impedit, quo minus etiam in proprijs conſiſtat, quia cum noſtræ ſint, pro noſtris poſſideri poſſunt; ſicut etiam fructus, quos bonæ fidei poſſeſſor ſuos facit, iuxta l. bonæ fidei, ff. de aquir. rerum domin. pro ſuo poſſidentur, vt inquit I.c. in d. l. 2. in fine, ff. pro ſuo.

47 Hic autem † titulus pro ſuo, ſi non præcedit aliqua iuſta cauſa, vel tolerabilis ignorantia, non parat vſucapionem, iuxta l. vlt. ff. pro ſuo, præcedente tamen iuſta cauſa, vel tolerabili errore (à quo iſte titulus enaſcatur) vſucapio progreditur, d. l. vlt. exempla iuſtæ cauſæ, vide in l. 2. exempla vero iuſti erroris, in l. 3. in l. 4. §. vlt. in fine, & in l. vlt. ff. pro ſuo. Ex quibus colliges quanto iudicio Paulus Caſtrenſis in d. l. ancillæ, C. de furtis, nu. vlt. in vltimis verbis, inquit, titulum pro ſuo, non haberi ab alio, ſed à ſe ipſo; & ideo eſſe debiliorem; in quo manifeſte ſentit, non eſſe quid extrinſecũ, ſed potius qualitatem poſſidendi à nobis ortã.

48 Colliges † etiam, quo ſenſu debeat accipi, gloſ. verbo, cum etiam, in vltimis verbis, in d. l. ancillæ, vbi inquit, in partu ancillæ furtiuæ concepto, & edito apud bonæ fidei poſſeſſorem, nullum titulum dari: cum conſtet ex ſupradictis dari titulum pro ſuo; quaſi ſentiat, titulum pro ſuo, non haberi pro titulo extrinſecus adueniente, cum ab vnoquoque poſſeſſore cauſetur, vt probauimus; quod gloſſæ dictum ſic indiſcretè acceptum, forſan decepit præcitatos Doctores, qui putarunt, partum ancillæ furtiuæ vſucapi ſine titulo, quod tamen ſupra expugnauimus.

49 Quibus † ſic præcognitis, circa vſucapionẽ partus ex ancilla furtiua concepti, & editi apud bonæ fidei poſſeſſorem, in terminis, in quibus detur mala fides, vel ſcientia furtiuitatis, ſequentes caſus diſtingue.

Primus caſus ſit, quando mala fides ſuperuenit bonæ fidei poſſeſſori ante conceptionẽ, vel editionem partus. In quo reſolue talem malam fidem obeſſe illius vſucapioni; Ratio eſt: quia, vt ſupra probauimus, partus antequã edatur, non incipit poſſideri, quod etiam comprobat I.c. in l. iuſto, §. & ſi poſſeſſionis, ff. de vſucap. & ſine poſſeſſione non incipit quid vſucapi, l. 3. l. ſine poſſeſſione, 25. ff. de vſucap. ergo mala fides obeſt vſucapioni partus nondum editi.

Et quod attinet ad malam fidem, quæ ſuperuenit ante conceptionem, nulla dubitatio eſt inter Doctores, omnes enim conueniunt, quod impeditur vſucapio: & ita intelligunt procedere d. l. iuſto, §. & ſi poſſeſſionis, ff. de vſucap. ibi: *Quod alienam matrem, priuſquam eniteretur, eſſe cognouit*; &c. vbi ſentit I.c. illã ſolum malam fidem non obeſſe, quæ ante editionem ſuperuenit, quæ vero ante conceptionem obeſſe, & ita ibi ſentit gloſ. verbo, eniteretur, & verbo, ignorabam, in l. ſi ego, §. partus, ff. de Publiciana, & verbo, donaſſet, in l. 4. §. de illo, ff. de vſucap. & verbo, cum etiam, in l. ancillæ, C. de furtis. Sequitur ibidem Caſtrenſis, nu. vlt. & Faber, nu. 10.

50 Quod verò attinet † ad malam fidem, quæ ſuperuenit poſt conceptionem, & ante editionem partus, inquit gloſ. & Caſtrenſis præcitatis locis, non obeſſe, quaſi adueniat inceptæ vſucapioni, quæ non nocet, l. 1. §. hoc tantummodo, C. de vſucap. transform.

Ceterum, horum ſententia falſiſſima eſt; immo, quod etiam tunc vſucapio impediatur in noſtris terminis, aperta iuris ratio demõſtrat: nam tempus ad vſucapionem partus non currit, niſi à tempore editionis, cum antea non poſſideatur, iuxta ſupradicta; ergo quælibet mala fides ſuperueniens ante vſucapionem inceptam, debet obeſſe, cum requiratur bona, iuxta d. l. 1. §. hoc tantummodo, cum vulgaribus, & conſequenter partus, qui poſtea editur, non vſucapietur. Idem probat deinde Iul. Paul. in l. 4. §. de illo, verſ. ſi antequam, ff. de vſucap.

vſucap. ibi: *Si antequam pariat, alienam eſſe re ſciuit emptor, diximus non poſſe eum vſucapere;* &c. vbi in noſtris terminis mala fides, quæ ſuperuenit ante partum editum, licet poſt conceptum, impedit vſucapi; & ita contra gloſ. clarè tenet Petr. de Bella pertica, col. penult. in d. l. ancillæ, C. de furtis. Fulgoſ. ibidem, num. 4. ad medium.

51 Nec obſtat † d. l. iuſto, §. & ſi poſſeſſionis, ff. de vſucap. ibi: *Veluti circa partum eius mulieris, quam bona fide capit poſſidere, nō enim ideo minus capietur vſu puer, quod alienam matrem, priuſquam eniteretur, eſſe cognouit;* &c.

Ex quo textu in primis noto, non probari, quod mala fides ante conceptionem partus dumtaxat orta, eiuſdem vſucapioni officiat, vt aliàs volebat gloſ. & Caſtrenſis, & reliqui, quos retulimus: immo indiſtinctè dicit, quod ante editionem orta non obeſt; Hoc autem tempus non reſtringitur retro ad conceptionē tantum: quinimmo oſtendit, quod poſt emptam bona fide matrem, nulla vnquam ſuperueniens mala fides inhibet vſucapionem partus, etiam multo poſtea concipiendi: nec pro citatis Doctoribus facit illa conſideratio, quæ deducitur ex illis verbis, ibi: *Priuſquam eniteretur;* &c. quæ ita reſpicere videntur editionem, vt aliud dicendum ſit ante conceptionē. Reſpondetur enim: ſolum fuiſſe appoſita gratia tollendæ maioris dubitationis; quaſi dicat, ſimplex ſcientia rei alienæ ſuperueniens poſt editionem nequaquam præiudicat partus vſucapioni, iuxta iuris principia, d. l. 4. §. de illo, verſ. ſi antequam, in fine, ff. de vſucap. l. 1. §. hoc tantummodo, C. de vſucap. transform. immò, & ante editionem non obeſſe, quando id ſuaſerit aliqua ſpecialis ratio, (vt ſtatim hic ſuadere oſtendemus) Atque ita circa malam fidem ſuperuenientem relinquit I. c. omne tempus retro vagum, & indeterminatum, ne vnquam vſucapioni partus obſit (in terminis, de quibus loquitur) ſiue poſt, ſiue ante conceptionem ſuperueniat.

Dum verò idem §. & ſi poſſeſſionis, videtur oppugnare noſtram ſuprapoſitam reſolutionem, dum dicebamus, partum ancillæ furtiuæ bona fide emptæ non poſſe vſucapi, ſi ante illius editionem ſuperueniat ſcientia rei alienæ. Reſpondetur: non loqui de partu ancillæ furtiuæ, ſed de partu ſimpliciter alienæ, vt ſatis cum iudicio tetigit Fulgoſ. nu. 4. ad med. in d. l. ancillæ, C. de furtis. & ratio differentiæ eſt elegans, ac manifeſta: quia ancilla aliena bona fide empta ſtatim incipit vſucapi; ſicut igitur ſuperueniens mala fides, non rumpit cœptam vſucapionem, l. 1. §. hoc tantummodo, C. de vſucap. transform. ita etiam placuit Iuriſconſultis, vt eadem non obeſſe vſucapiendo partui eiuſdem ancillæ, quæ vſucapitur, ne ex matre, quam meam facio, alienus partus educatur: & ita iam futura matris conditio, quæ tēpore traditionis initium habuit, partum afficit, vt illius vſucapio non impediatur, ſicut matris non rumpitur. Præcipuè, quia titulus, pro ſuo, in his terminis ex cenſura iuris non deficit, cum adhuc ex aliena ancilla, quam noſtrā vſu facimus, natum pro noſtro poſſideamus, vtpote ex re noſtra. At in ancilla furtiua ſecus euenit, quia cum nunquam poſſit vſucapi propter cohærens vitium, l. ſi abducta, C. de furtis, nunquam partus vſucapio poteſt conſiderari dependens, & acceſſoria vſucapioni matris, ſed omninò principaliter ſubſiſtere debet; vnde à tempore natiuitatis requirit peculiarem titulum, & bonam fidem; nec æquitas aliqua, aut ſubtilis iuris ciuilis ratio aliud ſuadet, vt aliàs eueniebat in d. §. & ſi poſſeſſionis, vt ſupra explicauimus.

Manet igitur, quod text. in d. §. & ſi poſſeſſionis, procedit tantum in ancilla ſimpliciter aliena, ex ratione, quam ſupra perpendimus, non verò in furtiua, quidquid perperàm, & inconſultò vtrumque coniungat gloſ. ibidem, verba mulieris, & ita etiam declaratur d. §. de illo, verſ. ſi antequam, vt ſolum procedat in terminis, de quibus loquitur, ſcilicet in ancilla furtiua, quæ ſi poſt conceptionem, & ante editionem partus cognoſcatur, vt ſimpliciter tantum aliena, partus vſucapi nequit.

52 Illud † obiter aduerto, d. §. & ſi poſſeſſionis, non habere locum de iure canonico, ex regula text. in cap. vlt. de præſcript. vbi mala fides ſuperueniens etiam cœptæ vſucapioni præiudicat: Si igitur in terminis d. §. & ſi poſſeſſionis, ex iure pontificio cœpta vſucapio in ancilla per ſuperuenientem malam fidem rumpitur, conſequenter quoque non proderit partui ipſius: & idem obſeruabitur apud Luſitanos, ex Ord. lib. 3. tit. 64. vbi ius pontificium iubetur obſeruari in materia peccati, quale continet vſucapio mala fide completa.

53 Secundus † caſus principalis eſt, quando poſt conceptionem partus, & ante eius editionem, ſuperuenit ſcientia furtiuitatis. In quo reſolue, non ſolum impediri vſucapionem partus naſcituri, quinimmo etiam iam cœptam, iuxta inferius dicenda. Et ita tradit gloſ. verbo, ignorabam, in d. l. ſi ego, §. partus, ff. de Publiciana, & verbo, cum etiam, in d. l. ancillæ, C. de furtis, tradit Paul. Caſtr. ibidem, nu. vlt. & ſequuntur reliqui. Sed inſuper partus poſtea natus furtiuus redditur: quia ſicut dicitur, quo poſſeſſor contrectare videtur ancillam, quam ſciuit furtiuam, & tacet, vt oſtendemus in quarto caſu, ita etiam partus poſtea editus, tanquam apud furem, furtiuus redditur.

Tertius

54 Tertius caſus † eſt, quando poſt partum ex ancilla furtiua editum, ſimpliciter reſciuimus eſſe alienam, non tamen furtiuam. In quo ſecurè reſoluendum eſt, vſucapionem cœptam compleri, vt eſt text. clarus, in d. l. 4. §. de illo, verſ. ſi antequam, ff. de vſucap. ibi: *Quod ſi cum iam vſucaperet, cognouerit alienam eſſe, initium vſucapionis intueri debemus*; &c. & facit regula iuris in d. l. 1. §. hoc tantummodo, C. de vſucap. tranſ. conſtat autem, quod in partu ſimul ac editur (ſi neceſſario concurrunt) incipit vſucapio, ergo nil mirum, quod ex ſimplici ſuperueniente mala fide vſurpetur; & ita eſt conſtans omnium ſententia, gloſ. d. §. de illo, verbo, initium, & verbo, ignorabam, in l. ſi ego, §. partus, ff. de Publiciana. Petr. de Bella pertica, col. penult. in d. l. ancillæ, C. de furtis, vbi Fulgoſ. nu. 4. Caſtrenſis, num. vlt. quod tamen ceſſat de iure Canonico, & Luſitano ex dictis, in calce primi caſus.

55 Hinc tamen † obiter refelles Caſtrenſem, vbi proxime, num. 4. dum putabat ſimplicem ſcientiam rei alienæ in prædicto partu, illum efficere furtiuum: nam hoc (vltra ea, quæ ſupra præmiſimus circa differentiam inter ſcientiam rei furtiuæ, & rei alienæ) ex eo confunditur: quia ſi talis partus efficeretur furtiuus, ex ſimplici ſcientia rei alienæ, impoſſibile eſſet vſucapi, iuxta text. in l. ſi abducta, C. de furtis, cum ſimilibus, quod tamen denegat d. l. 4. §. de illo, verſ. ſi antequam.

56 Quartus, † & vltimus caſus eſt, quando poſt partum editum ex ancilla furtiua, & cœptam iam eiuſdem vſucapionem, ſuperuenit ſcientia furtiuitatis. In quo I. c. Trebatius, indiſtinctè putabat vſucapionem procedere; contra quẽ tamẽ multifariam diſtinguit I. c. Pomponius, in d. l. ſi ancilla, 4. ff. pro ſuo, vt videlicet, in tribus tantum ſpeciebus ſcientia furtiuitatis non obſit vſucapioni partus. Prima eſt extra controuerſiam; quando intra ſtatutum vſucapioni tempus, dicta ſcientia non adfuit. Secunda eſt, quando intra ſtatutum tempus, ſciuiſti eſſe furtiuam, ſed non potuiſti dominum certiorẽ facere (ad quid autem requiratur talis certioratio inferius explicabitur.) Tertia ſpecies eſt, quãdo cognita ancilla furtiua, potuiſti, & feciſti certiorem dominum. Vltra prædictas ſpecies, ſi quis ſciuit ancillam furtiuam, vſucapio partus, quæ procedebat, vſurpatur, & omninò interrumpitur; & ita cũm I. conſulto ſentit gloſ. ibidem, verbo. pro ſuo, & verbo ignorabam, in d. l. ſi ego, §. partus, ff. pro ſuo, & verbo, cum etiam, in d. l. ancillæ, C. de furtis, vbi antiquus Petrus d. col. penult. Fulgoſ. num. 4. poſt medium, Paul. Caſtrenſis, nu. vlt. Faber, num. 19.

57 Pro cuius † reſolutionis omnimoda cognitione, aduerte Primo, quod bonæ fidei poſſeſſor ancillæ furtiuæ, poſtquam ſciuit eſſe furtiuam, & tacet, contrectare videtur. Ratio eſt: quia cum furtum inuoluat clandeſtinitatem, vt docet Imperat. in §. 1. Inſt. de oblig. quæ ex delict. l. 1. ff. de furtis, ille poſſeſſor, qui cum ſcit aliquid furtiuum, clam poſſidet, furari creditur; & innuunt Impp. in l. ancillæ, C. de furtis, in vltimis verbis, ibi: *Cum etiam hi, qui aliena mancipia comparauerint, ſi hanc cauſam non ignorent, furti actione teneantur*; &c. vbi intellige emptores furari videri, nõ ex eo ſolo, quod aliena mancipia emant, (non enim furatur, qui pretium numerat, iuxta regulam l. nemo eſt prædo, ff. de regul. iuris, l. etiamſi putauit, §. ſi quis ſciens, ff. de petit. hæred.) ſed ex eo, quod ſciuit venditorem furtum committere in vendendo quod ſuum non eſt, §. furtiuæ, verſ. vlt. Inſtitut. de vſucap. vnde ſi etiam poſt celebratam bonæ fidei emptionem, rem agnouit furtiuam, ſine dubio furatur, dum clam, & doloſè retinet. argumento etiam text. in l. clam poſſidere, 6. ff. de acquir. poſſeſs. ibi: *furtiue*.

58 Aduerte † Secundò, quod licet partus editus, ante ſcientiam matris furtiuæ, furtiuus nõ ſit, attamen vbi primum poſſeſſor ſciuit matrem furtiuam, & tacet, ac clam retinet, etiam ipſe partus in vitium quoddam furtiuitatis irrepit. Ratio eſt: quia ille, qui matrem ſcit eſſe furtiuam, & clam poſſidet, furtum committit ex ſua perſona, vt probauimus: ac conſequenter, partum, qui alienus eſt, clam poſſidere incipit, & furtiue; vt autem hoc vitium dematur, omnino requiritur, vt verus ancillæ dominus certioretur: quia eo certiore facto de furto propriæ ancillæ, & partus inde prouenientis, tollitur clandeſtinitatis uitium, & titulus pro ſuo, ſtat, (quem non tollit ſimplex ſcientia rei alienæ, vt ſupra probauimus) & conſequẽter vſucapio procedit: quia, quum cœpi iuſtè poſſidere pro meo, dum titulus non remouetur, perfectè vſucapio, non obſtante ſimplici ſuperueniente mala fide. Vnde ſi poſſeſſor bonæ fidei, poſtquam ſciuit ancillam eſſe furtiuam, uolens non potuit certiorem dominũ facere, etiam perficiet vſucapionem: quia tunc ſolam ſimplicem malam fidem habere creditur, quæ ſuperueniens non nocet: non enim iam datur in eo animus clam poſſidẽdi; cum, ſi poſſet, dominum certioraret: & ita adhuc manet in eo idem titulus pro ſuo, qui, ut ſupra probauimus, eſt qualitas poſſeſſionis reſultans ex animo poſſidentis.

59 Ex † quibus iam plenè introſpicies mentẽ Pomp. in d. l. ſi ancillam, dum requirit, ut dominus certioretur, uel ut poſſeſſor dominum certiorare nõ poſſit, ad effectum, ut appareat

neutro

neutro caſu clam poſſidere, & ita illum dumtaxat titulum pro ſuo (qui ſupererat) euanuiſſe. Cum autem ſciuiſſet, & potuiſſet certiorem reddere, non fecit, clam voluit poſſidere; quæ quidem clandeſtinitatis qualitas, omnino tollit, vtpote repugnantem, qualitatem poſſidendi pro ſuo, vt inquit I. c. ibi: *Neque idem, & pro ſuo, & clam poſſidere poteſt*; &c. nam qui clam poſſidet, quodammodo, & alium ſuperiorem recognoſcit, ac dominum: & conſequenter non poteſt vſucapere, cum ceſſet titulus ex quo dominium per vſum acquiratur; cui titulo refragatur animus clam poſſidentis, dum magis domino ſubtrahere, quam pro ſuo poſſidere creditur; & ideo I. c. dicit, non poſſe poſſidere pro ſuo, qui clam poſſidet, ſed magis pro alieno. Clam autem facere dicitur; qui facit aliquid irrequiſito eo, qui poteſt contradicere Bart. in l. alio hærede, num. 17. ff. de alim. legat. Cum autem ad complendam vſucapionem requiratur continua iuſta poſſeſſio, hoc eſt, cum titulo ipſam iuſtificante, iuxta l. 3. ff. de vſucap. cum ibidem notatis, & partus in noſtris terminis clã, ac furtiuè poſſideatur, meritò illo vnico titulo pro ſuo, deficiente, vſurpatur vſucapio eiuſdem partus, & ita tradit Fulgoſ. in d. l. ancillæ, 12. C. de furtis, num. 4. multo poſt med. & in effectu Imola, in l. 4. §. de illo, ff. de vſucap. Rationem autem, ob quam iſte titulus pro ſuo, ita facile deſtruitur, aſſignat Paulus Caſtr. in d. l. ancillæ, num. vlt. in vltimis verbis, ſcilicet, quia cauſatur ab vnoquoque poſſeſſore.

60 Et hinc † percipies ſenſum gloſ. verbo, ignorabam, ad fin. in l. ſi ego, §. partus, ff. de Publiciana, & verbo, cum etiam, in fine, in d. l. ancillæ, dum inquit, propterea interrumpi vſucapionem in dicto partu: quia in eo non eſt titulus: nam hoc ita abſolutè ſumptum, falſum erat, cum detur titulus pro ſuo, & ſupra probauimus ex ſententia eiuſdem gloſ. ſenſus igitur gloſſæ eſt, quod propterea vſurpatur vſucapio, quia data ſcientia furtiuitatis, & conſequenter poſſeſſore clam poſſidente, titulus ille pro ſuo reducitur ad non titulum; & ita eum iudicio gloſſam interpretatur Fulgoſ. ſupra proximè citato loco.

61 Hinc † etiam percipies mentem Fulgoſ. ibidem, n. 6. dum dicit, quod ſcientia rei alienæ, quæ tollit titulum poſſeſſionis, interrumpit vſucap. vt videlicet intelligatur iuxta terminos ſuprapoſitos; vel quando id dabile ſit, vt quis præcedens titulus iuſtus tollatur, & poſſeſſor ſolum clam incipiat poſſidere.

62 Hinc † tandem percipies mentem Vlp. in l. ſi ego, §. partus, verſ. interdum, ff. de Publiciana, ibi: *Si modo eo tempore, quo experiar, furtiuam matrem ignorem*; &c. vbi ad effectum, vt partus ancillæ furtiuæ per Publicianam vendicari poſſit, requirit, vt actor neſciat matrem furtiuuam eſſe eo tempore, quo experitur. Quia nimirum, ſcientia furtiuitatis tollit omninò titulum pro ſuo, quo partus ille vſucapitur: & licet mala fides ſuperueniens cæptam vſucapionem non rumpat, rumpitur tamen vſucapio, ſi ceſſet titulus. Quinimmo dico, quod licet iam ſit finitum iudicium Publicianum, & victor poſtea, antea completam vſucapionem reſciat ancillam furtiuam, vſucapio omnino interrumpetur; etſi denuo agat Publiciana (ſuppoſitis ſupponendis) vincetur, vt colligitur ex ſupra probatis. Vnde apparet deceptum Iacobus Cuiacius, in dicta lege quarta, §. hæres, ff. de vſucap. qui putabat dictam ſcientiam dumtaxat obeſſe ante editionem partus: exiſtimans, nullum eſſe diſcrimen inter ſimplicem malam fidem, & ſcientiam rei furtiuæ: & ita deceptus emendabat literam dicto verſiculo interdum, ibi: *Quo experior*, vt videlicet reponeretur, *Quo & pariat*. Quæ quidem emendatio, & ſententia Cuiacij ex dictis confunditur.

63 In terminis † autem dictę legis ſi ancillam, ff. pro ſuo, ſi primam ſpeciem excipias, in qua vſucapio completa erat, quando ſuperuenit ſcientia furtiuitatis: reliquæ non procedunt attento iure Canonico: quia licèt per certiorationem, vel impotentiam certiorandi non extinguatur titulus pro ſuo, & conſequenter procedat vſucapio cum iuſta poſſeſſione ſecundum regulas iuris ciuilis, l. 3. ff. de vſucap. nihilominus tamen datur mala fides, quę licet ſuperueniens non obſit de iure ciuili, lege quarta §. de illo, verſiculo ſi antequam, ff. de vſucap. cum vulgaribus, efficit tamen de iure Canonico, quo attento, continua requiritur, vſque ad complementum vſucapionis, capit. vltimo de præſcript. quod & apud Luſitanos obſeruabitur, propter materiam peccati; iuxta Ord. Luſit. lib. 3. tit. 64.

64 Pro complemento † noſtri §. ancilla, reſtat agamus de diſſoluenda tertia, & vltima difficultate, quam initio propoſuimus: cur ſcilicet partus, ſicut, & fructus, ac fetus pecorum, ſtatim bonæ fidei poſſeſſoris non fiant? vel è contra, ſicut partus vſucapitur, non vſucapiantur & ipſi fructus, & fetus pecorum furtiuorum?

Quod ad primum attinet, ratio, quæ efficit, ne partus ſtatim fiat bonæ fidei poſſeſſoris, ea eſt: quia ex iuris diſpoſitione, ſolos fructus ſtatim facit ſuos bonæ fidei poſſeſſor, inter hos autem non connumeratur partus, ex illa eleganti ratione, quam conſiderat Imperat. in §. in pecudum, verſiculo partus verò, Inſtit.

T de

de rerum diuiſ. I.c. in l. in pecudum, ff. de vſuris. vltra alios tradit Fulgoſ. in d. l. ancillæ, num. vlt. C. de furtis.

65 Quod verò † attinet ad ſecundum, ratio eſt: quia id quod noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri nequit, §. ſed ſi rem legatarij, Inſt. de legatis, cum ſimilibus, quæ congerit gloſ. ibidem, & ideo fructus, qui ſunt bonæ fidei poſſeſſoris, non requirunt vſucapionem, vt amplius eius fiant, tradit I.c. in l. 4. §. lana, ff. de vſucap. Fulgoſ. d. nu. vlt.

66 Sed † grauiter obſtat text. noſter in d. §. ancilla, ibi: *Idem, & in pecudibus ſeruandum eſt, & in fetu eorum quod in partu;* &c. Dixerat I.c. in partu, quod ſi conceptus erat apud furem, vel eius hæredem, quamuis ederetur apud bonæ fidei poſſeſſorem, nihilominus manebat furtiuus, & inuſucapibilis. Si verò concipiebatur apud bonæ fidei poſſeſſorem, non naſcebatur furtiuus, verum etiam vſucapi poterat. Subiungit deinde, quod idem ſeruatur in pecudibus, & fetu eorum, ergo fetus pecorum furtiuorum, in primo caſu manet furtiuus, & inuſucapibilis; in ſecundo verò non furtiuus & vſucapibilis; & ita tradit Petrus antiquus in d. l. ancillæ, C. de furtis. col. vlt. in fine.

67 Præterea † obſtat text. fortiſſimus in l. 4. §. fructus, ff. de vſucap. vbi in fructibus, & fetu pecorum conceditur vſucapio, quæ tamen ſine bona fide non inchoatur; data tamen bona fide videbatur, quod ſtatim fiebant poſſeſſoris, iuxta ſupra dicta, ex l. bonæ fidei, 48. ff. de acquir. rerum domin.

68 Obſtat † denique l. 2. verſ. vlt. ff. pro ſuo, vbi fructus poſſidentur pro ſuo, & ita in fine vſucapionis, vt Rubrica ſuadet, ſub qua collocatur; & ibidem ſentit gloſ. verbo, fructus.

69 In hac † iurium contrarietate mirè turbantur Scribentes, & indiſtinctè putant, oẽ illud, quod fructuum nomine venit, ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris, ſecundum citata iura; & varijs modis reſpondent oppoſitis difficultatibus: nam Cuiac. in d. §. lana, verſ. idem in agnis, opinatur in noſtro §. ancilla, debere negationem addi, vt non idem in pecudibus, & in fetu eorum ſeruetur, quod in partu, ſed merito reprehenditur a Roberto, lib. 1. Recept. lect. cap. 5. aliter reſpondit Connan. lib. 3. Comment. iur. cap. 15. nu. 3. Antonius Faber, lib. 4. Coniectur. cap. 17.

70 Et † iſtis omiſſis aliter tandem reſpondet Hiſpanus Pichardo, in d. §. in pecudum, nu. 2. Inſt. de rerum diuiſ. ſcilicet in fructibus aliquando dari vſucapionem, non quidem ad dominium acquirendum, ſed ad irreuocabile efficiendum, vt fuit gloſſæ opinio, in penult. ſolut. verbo, defuncti non fuerunt, in d. §. fructus, communiter recepta, vt per patruum meum Arium Pinellum in l. 2. C. de reſcinde vend. 2. parte, cap. 4. num. 48. ad medium, Couarruu. lib. 1. var. reſol. cap. 3. nu. 7. verſ. quarta concluſio, Caldas, Luſitan. in repetit. l. ſi curatorem, verbo, ſine curatore, in vltimis verbis, C. de in integr. reſtit. minorum, qui plures referunt. pro qua ſententia videtur facere I.c. in l. in bello, §. ſi quis ſeruum, ff. de captiuis. vbi in re iam noſtra effecta, datur vſucapio ad plenam ſecuritatem inducẽdam. Facit tandem l. 3. C. de his, quæ vi, metuſue cauſa. vbi ſola irreuocabilitas dominij vſucapi videtur, cum interim dominium ſit tranſlatum ex ſententia gloſ. ibidem, verbo, in rem.

71 Verum hæc † reſponſio non ſatisfacit: nam nullibi in iure talis vſucapio inuenitur reſpectu irreuocabilitatis dominij quoad fructus; nam ſi fundus, vel res aliena eſt, poſtea petita ſecum inuoluit omnes fructus, l. & ex diuerſo, §. 1. ff. de rei vendicat. & ibi notat gloſ. & Doctores. Nec iura, quando obligant, uel exonerant omninò bonæ fidei poſſeſſorem à preſtatione fructuum, non diſtinguũt inter fructus bona fide perceptos, vſucaptos, vel non vſucaptos; ſed potius inter fructus extantes, vel conſumptos, vt patet ex §. ſi à non domino, Inſt. de rerum diuiſ. probat etiam l. quæſitum, 40. ad finem, & ibi gloſ. verbo, conſumptos, ff. de acquit. rerum domin. d. l. 4. §. lana, ibi: *ſi conſumpti*, ff. de vſucap. & ibidem gloſ. verbo, conſumpti, l. certum, C. de rei vendic. ergo male recurritur ad vſucapionem pro irreuocabilitate dominij, cum agitur de fructibus; cum iura ad eorundem exiſtentiam, vel conſumptionem recurrant; eo maximè, quia d. §. lana, in principio, loquitur de fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis, quando v. g. eius ſtatim fiunt; & in fine, quando irreuocabiliter fiunt poſſeſſoris; & tamen quoad reuocabilitatem, meminit ſolius conſumptionis, excluſa prius omni omninò vſucapione, vt patet ibi: *Nec vſucapi debet*; &c. ergo prædicta reſponſio non eſt conſona iuris principijs: immò & Accurtio (qui primus illam inuexit, in d. l. 4. §. fructus, ff. de vſucap. in verbo, defuncti non fuerunt) diſplicuit; & ideo ad aliam procurrit, cum qua tandem reſidet, vt ibidem patet; quod amplius ex vera ſupraſcriptorum iurium conciliatione apparebit.

72 Nec pro † prædicta improbata ſententia quidquam facit text. in d. l. in bello, §. ſi quis ſeruum: nam quaſi vſucapio, quam Iuriſconſult. conſiderat, (vt alibi Deo duce pleniori ſtylo pateſaciemus) admittitur ſpeciali quadam ratione, ne videlicet mens legis fraudaretur, quę vt magis faueret redẽptoribus ſeruorũ captiuorũ, ſtatim ob publicum fauorẽ, dominium

nium in eos tranſtulit; quæ intentio legis fauorabilis verteretur in damnum, ſi res aliena redempta (interim facta redimentis) quolibet tempore à vero domino redimi poſset oblato pretio redemptionis: cum aliàs, niſi dominium à lege traduceretur, vſucapta iam eſset, & poſſeſſor iam effectus ſeruus: merito igitur conceditur quaſi vſucapio in terminis d. §. ſi quis ſeruum, idque à I. conſulto ſtrictiſſimè, & contra vigorem iuris ſuadente mente legis, cum aliàs ſeruus alienus, de quo ibi, pleno iure fieri redimentis nequiuiſset. Vnde ab ſpeciali probatur, quod cum prædicta ratio ceſset in materia fructuum, vbi alio remedio, videlicet conſumptione fiunt bonæ fidei poſseſsoris, non eſt concedenda vſucapio in re noſtra, contra iuris ciuilis regulas; Præſertim, quia in iure, fructus non efficiuntur bonæ fidei poſseſsoris ob aliquem fauorem publicum, ſed ob ſolam bonam fidem, & dum ipſa extat; vnde quocunque tempore teneatur rem reſtituere; fructus ex ea percepti, & nondum conſumpti in reſtitutionem veniet: & ita (ſi legum mentem attendamus) inueniemus, quod noluerunt irreuocabile dominium bonæ fidei poſseſsori in fructibus conſtituere, ſed tantum id dominium elargiri, quo iuſtè eos conſumeret: & ita ſola conſumptione liberaretur ab eorum redditione, ſi quando rem reſtitui contigiſset.

73 Nec † tandem facit dicta lex 3. C. de his, quæ vi, metuſue. vbi res metu ab alio bonæ fidei poſseſsore vſucapitur, cum tamen venditio metu facta interim dominium tranſferat, ſi venditor dominus eſt, vt rectè tradit gloſ. ibidem, verbo, in rem, & innuit Imperat. in lege vltima, C. de his, quæ ui, metuſue, & ſatis ſuadet titul. ſub quo collocatur, vbi agitur de reſcindendis contractibus metu factis, qui interim validi ſunt, ex ratione I c. in lege ſi mulier, §. ſi metu, ff. quod metus cauſa. Reſpondetur namque: quod impetrata reſtitutione ob metum illatum, in antiquum dominum ius ſuum retransfertur ex poteſtate prætoria, ex l. nemo, ff. de reſtitut. in integra innuit text. in l. metum, nonum §. volenti, ff. quod metus cauſa, ibi: *Et in rem actio*; &c. & text. in d. l. 3. ibi: *Placuit in rem quoque*; &c. & ibidem eleganter notat gloſ. dicto verbo, in rem, & conſequenter a poſſeſſore res, vt aliena erat auocanda; nihil igitur mirum, quod ab eodem vſucapi poſſet, cum habito reſpectu ad reſtitutionem, vt aliena poſſideatur.

74 Vnde † pro vera prædictorum iurium conciliatione, quoad effectum vſueapiendorum fructuum, de quo loquimur; diſtinguendum eſt, circa fructus per ſe conſideratos, an vſucapi poſſint, cum alieni, vel furtiui fuerint: & circa fructus conſideratos, & perceptos in conſequentia rei furtiuæ, vel ſimili vitio reali affectæ, & bona fide poſſeſſæ.

Et quod attinet ad primum diſtinctionis membrum, ſecurè reſoluendum eſt, fructus alienos, ſicut & quæuis alia mobilia (ſi cohærens vitium abſit, iuxta l. abducta, 10. C. de furtis) legitimo tempore vſucapi, concurrentibus omnibus requiſitis, ſcilicet bona fide cum titulo iuſto, iuxta l. 3. iuncta gloſ. ibidem, verbo, poſſeſſionis, ff. de vſucap. vbi reliqui Doctoris.

75 Et hinc † venit intelligendus text. aliàs reputatus difficilis, in d. l. 4. §. fructus, ff. de vſucap. vbi I. c. ita ſcribit: *Fructus, & partus ancillarum, & fetus pecorum, ſi defuncti non fuerunt, vſucapi poſſunt*; Quaſi dicat, quamuis fructus, vel partus ancillarum, vel fetus pecorum, per ſe conſiderati, vtpote res mobiles, difficulter vſucapi poſſint, ex ratione Imperat. in §. furtiuæ, verſiculo vnde, Inſtit. de vſucap. ibi: *Na qui ſcient alienam rem vendiderit, vel ex alia cauſa tradiderit, furtum eius committit*; &c. Si tamen contingat, vt prædicti fructus inueniantur in hæreditate defuncti, vtpote commodati, locati, vel depoſiti; & hærens putans eos hæreditarios, alij bona fide accipienti, præcedente iuſto titulo tradat, vſucapi poſſunt, vt exprimit Imp. in §. ſed tamen id aliquando, Inſtit. de vſucap. & ideo I. c. Paulus in d. §. fructus, adiecit illa verba: *Si defuncti non fuerunt*, vt oſtendat manſiſse in hæreditate, vt alienos, non verò, vt furtiuos. Nec iam tunc obſtabunt d. l. 4. §. lana, & d. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum dom. cum ſimilibus, vbi ſimpliciter dicitur fructus effici bonæ fidei poſseſsoris, licet à re furtiua percipiantur. Reſpondetur enim: non loqui de fructibus, quos quis principaliter, & per ſe poſſidet, vt in d. §. fructus, ſed de fructibus, quos quis habet ratione rei bona fide poſseſsę: nam licet percepti à bonæ fidei poſseſsore rei etiam furtiuæ, ſtatim eius fiant, iuxta infra dicenda, attamen principaliter, & de per ſe, à principio poſseſſi, non aliter poſsunt fieri poſſeſsoris, niſi mediante vſucapione, quæ vltra bonam fidem, & titulum, requirit, ne vitium reale cohæreat, quale eſt furtiuitatis, quod omnino inhibet vſucapionem; dicta lege ſi abducta, C. de furtis. dicto §. furtiuæ, Inſtit. de vſucap.

76 Vnde † primò infertur text. in d. §. fructus, non dicere prædictos fructus vſucapi ab hærede defuncti non domini. id enim falſum eſset, quia ſicut defunctus non potuit vſucapere, ita nec eius hæres, l. cum hæres, ff. de diuerſ. & temp. latè Couar. in relect. reg. poſ-

ſeſſor bonæ fidei, 2. parte, §. 9. à nu. 1. Sed vſucapi poſſe ab eo, cui hæres (putans eſſe defuncti) bona fide accipienti tradidit, iuxta §. ſed tamen id aliquando, Inſt. de vſucap. & ideo decipitur Accurt. in d. §. fructus, verbo, poſſunt, vbi generalia I. conſulti verba vſucapionem concedentia exemplificat in hærede: niſi intelligamus d. §. fructus, etiam procedere in alijs terminis, de quibus in d. §. ſed tamen id aliquando, ad finē, videlicet, quādo fructus, vel fetus pecorū alicui traduntur bona fide, tā ex parte tradētis, quā accipientis, præcedēte iidē iuſto titulo: & cū ille, qui vſucapiebat, moreretur, hæres eius vſucapit, ideſt, complet vſucapionem: ſecundum quem ſenſum verificari poſſunt verba d. §. fructus, ibi: *Si defuncti non fuerunt*; &c. vt velit I.c. quod ſi fructus, & pecorum fetus, ſiue ancillarum partus, non ſunt iam vſucapti per defunctum, & ita eius non fuerunt, vſucapi poſſunt per hæredem, vel eum, cui hæres vendiderit, innuit gloſ. ibidem, verbo, defuncti non fuerunt, in vlt. ſolutione. Verum prior intellectus ad d. §. fructus, magis placet: quia conformior eſt verbis Iuriſconſ. in d. §. fructus, ibi: *Vſucapi poſſunt*; &c. quæ non tam ad complendam, quàm ad inchoandā vſucapionem diriguntur.

77 Infertur † Secundò notabilis declaratio ad text. in d. l. ſequitur, 4. §. lana, ff. de vſucap. d. l. bonæ fidei, ad finem, ff. de acquir. rerum domin. cum ſimilibus, in quibus probatur, quod fructus percepti ex re bona fide poſſeſſa, ſtatim percipientis fiunt, nec vſucapi neceſſe eſt, vt ſcilicet bona fides ſufficiat ad faciendos fructus noſtros, quos percipimus à re bona fide poſſeſſa, quamuis vitio ſit affecta, vt probatur in præcitatis iuribus. At verò fructus traditi de per ſe, non à re poſſeſſa percepti, ſi vitio aliquo reali, v.g. furtiuitatis, non afficiuntur, vt vſucapi poſſint (aliter enim noſtri fieri nequeunt, cum ſint alieni, & traditi à non domino) vltra bonam fidem, inſuper requirunt titulum, iuxta ſupradicta. Si verò ipſi fructus ſint furtiui, vel ſimili vitio reali affecti, nullatenus noſtri fieri poſſunt, §. furtiuæ, Inſt. de vſucap.

78 Infertus † tandem ex ſuprapoſita vera decidendi ratione ad d. §. fructus, quam miſerè labantur, Martinus, Azo, Ottho, & alij veteres interpretes, quos refert, & reprobat gloſ. d. verb. defuncti non fuerunt, & ex dictis apertè improbantur; dum omnino ignorarunt terminos, in quibus d. §. fructus, procedere potuiſſet.

79 Quod attinet † ad Secundum membrum, ſcilicet, quando fructus percipiuntur bona fide ex re furtiua (quidquid alij aliter reſoluāt) diſtinguendum puto inter fructus productos in poteſtate furis, vel eius hæredis, & poſtea perceptos à bonæ fidei poſſeſſore: & inter fructus, qui producuntur, & percipiuntur penes eundem bonæ fidei poſſeſſorem.

In fructibus pendentibus in poteſtate furis, vel eius hæredis (quamuis poſtea percipiantur à bonæ fidei poſſeſſore) conſideratur vitium furtiuitatis, nec conſequenter vſucapio locum habere poteſt, idque manifeſtè docet Vlpian. in noſtro §. ancilla, verſ. idem in pecudibus, niſi immeritò emendetur per Iacob. Cuiac. in d. §. lana. Idem etiam tenuit I.c. Macellus, relatus ab eodē Vlp. in l. ſi aliena, 10. §. Sceuola, ff. de vſucap. cuius opinionem ab Vlp. ibidē ſecutam fuiſſe ſupra oſtendimus. Ratioque eſt manifeſta: quia ſi fundus, vel res principalis eſt affecta vitio aliquo reali, quidquid fructuum in ea re pendet, idem vitium ſortiri debet, ex ratione text. in d. l. fructus pendentes, ff. de rei uend. & ita fructus affecti illo uitio reali, perueniunt ad bonæ fidei poſſeſſorem; & in fetibus animalium, illud etiam facit, quod omnem matris conditionem ſequuntur, l. idem Pomponius, §. idem ſcribit ſi equam, ff. de rei uend. Caſſanæus in Conſuetud. Burg. Rubr. 9. §. 3. numero 4. idem dicerem in pupillis gallinorum, qui excluduntur ab ouis alienis, nam gallinæ incubanti, & excludenti ut fetus tribuuntur, ut eleganter tradit Signorol. de Homod. conſ. 168. quem ſequitur Caſſanæus vbi proximè: qui furtiui dicendi erunt, ſi gallina, quæ incumbuit, & excluſit, furtiua erat, & incepit incubere in poteſtate furis; matris enim conditionem ſequi debent; oua autem cuius fuerint, non curatur, ex proximè relatis Doctoribus.

80 Verum † ſuprapoſitæ reſolutioni obſtat apertè text. in d. l. bonæ fidei, 48. ff. de aquir. rerum domin. ibi; *Et ideo ad bona fidei emptorem pertinent, etiamſi prægnantes venierint, vel ſubrepta ſint*; & ibi; *Et ſanè, quin lac ſuum faciat, quamuis plenis vberibus uenierint, dubitari non poteſt, idemque in lana iuris eſt.*

Obſtat Secundò d. l. 4. §. lana, ff. de vſucap. ibi; *Si uerò apud bonæ fidei emptorem, contra*; &c. & ibi: *Idem in agnis, ſi conſumpti ſunt*; &c.

His tamen non obſtantibus, ſtandum eſt ſuprapoſitæ reſolutioni. Et quod attinet ad d. l. bonæ fidei, reſponde, quod Iuriſconſul. ibidem coniungens oues prægnantes, & furtiuas uenditas, manifeſtè oſtendit, furtiuas non fuiſſe uenditas prægnantes: tum ne ſuperfluitas uitium incurreret; tum etiam, ne refragaretur expreſſæ deciſioni noſtri §. ancillæ, uerſ. idem & in pecudibus; Atque ita ſupponit I.c. in d. l. bonæ fidei, quod ſi ouis uendita, eſt tantum aliena abſque uitio furtiuitatis, bonæ

fidei

fidei emptor fetum penes ſe editum, ſuum indiſtinctè facit, hoc operante bona fide: quia cum fructus illi nullo reali vitio ſint affecti, ſuccedit regula, quod bonæ fidei poſſeſſor omnes fructus ſuos facit, quos bona fide percipit: & ita prædictam interpretationem ſentit gloſ. verb. venierint. At quando ouis eſt furtiua, non dicit I. c. fetum conceptum apud furem fieri bonæ fidei emptoris; cum igitur nihil exprimat in fetu ouis furtiuæ, intelligendus eſt in fetu concepto, & nato apud bonæ fidei emptorem, iuxta noſtrum §. ancilla, in fine; & ita tradit gloſ. verbo, idem & in pecudibus, & verbo, ſequenti, in d. §. ancilla. Secundum quæ intelligitur etiam I. c. Paulus in d. §. lana, ibi: *idem in agnis*; &c. quia cum nihil exprimat, debet intelligi in agnis conceptis, & natis apud bonæ fidei poſſeſſorem. Et ita colligitur ineptam eſſe literæ emendationem, quam ad d. l. bonæ fidei, ſequitur Cuiac. in d. §. lana, vbi ita reponit: *Etiamſi prægnantes venierint, quæ ſubreptæ ſunt*; &c. cui, & repugnat litera Florentina, & iuris principia.

81 Ad id † verò quod additur in d. l. bonæ fidei, ibi: *Et ſanè, quin ſuum faciat, quamuis plenis vberibus venierint, dubitari non poteſt; idemque in lana iuris eſt*;&c. Quibus verbis non diſtinguens I. c. an ouis ſit furtiua, vel non, inquit, quod lac, & lana ſit bonę fidei poſſeſſoris, quamuis etiam à fure plenis vberibus, & lana alta tradatur. Clarius idem dicit I. c. in §. lana, vbi inquit, quod ſi lana, quæ in oue furtiua eſt, apud furem detondatur, furtiua eſt, & vſucapi nequit; ſi verò apud bonæ fidei poſſeſſorem, ſtatim eius ſit; ergo non eſt faciendum diſcrimen inter fructus pendentes iam apud furem, vel eius hæredem: immò indiſtinctè videtur dicendum, pertinere ad bonæ fidei poſſeſſorem, ſi ab eo percipiantur. Verum reſpondetur, quod licet vera ſit noſtra ſuprapoſita reſolutio ex dictis, limitanda tamen, ſeu declaranda eſt, ne procedat in prædictis fructibus, ſcilicet, lactè, pilo, & lana, propter ſpecialem quandam rationem: nam reliqui fructus ad ſui natiuitatem, & perfectionem, certum aliquod tempus requirunt; & immaturi iidem ſunt, ac iidem poſtea matureſcunt. enimuero lac, pilus, & lana, ſingulis quibuſque diebus denuo efformantur, ac creſcunt: atque ita licet in pilo, & lana detur continuatio, ea tamen, quæ exit in cutem, dicitur de nouo nata. Cum igitur in his fructibus, vbi primum res, à quibus producuntur, apud bonæ fidei poſſeſſorem ſunt, detur aliquid, quod originem habeat à tempore, quo bona fide poſſidentur; dubium eſſe non debet, quin illius ſtatim fiant, abſque aliqua ſeparatione, quæ nequaquam, vel difficulter, & cum maxima publicæ quietis iactura fieri poterat. Præcipuè, quia huiuſcemodi res ita fructus ſunt, vt eorum apta detractio, ſiue perceptio vtilitatem afferat pecoribus: nam niſi lac mulgeatur, vel deperdetur, vel ouibus nocebit: pilus itidem, ac lana, niſi apto tempore tondeatur, pecora ſuffocabit: totum igitur videtur eſſe in cura, & preceptione eorundem, nec cum incommodo negligentis domini, nil ergo mirum, quod ad bonæ fidei pertineant poſſeſſorem.

82 Hæc † quoad fructus, qui pendentes à fure venduntur. Illi verò, qui apud bonæ fidei poſſeſſorem, vel concipiuntur, vel originem habent, & enaſcuntur, ſtatim illius fiunt, licet percipiantur ex rebus furtiuis. idque oſtendit noſter §. ancilla, ibi: *Ex furtiuis equis nati, ſtatim ad bonæ fidei emptorem pertinebunt; meritò quia in fructu numerantur*; &c. & ita ibidem tradit gloſ. verbo, idem & in pecudibus, & verb. ex furtiuis. Idque ſuadetur ex generali regula l. bonæ fidei, 48. ff. de acquir. rerũ domin. §. ſi quis à non domino, Inſtit. de rerum diuiſ. cum ſimilibus. Et hinc etiam ſequitur, fetus pecudum, & reliquos fructus in his terminis perceptos à bonæ fidei poſſeſſore vſucapi nequire, iuxta regulam I. c. in d. l. 4. §. lana, ff. de vſucap. ibi: *Nec vſucapi debet, ſed ſtatim emptoris ſit*; &c. Rationem exprimit I. c. Triphon. in l. in bello, §. ſi quis ſeruum, ff. de captiuis, & poſtlim. ibi: *Et quod meum iam eſt, vſucapere me, intelligi non poteſt*, &c. & ſat innuit text. noſter in §. Ancilla, verſ. ex furtiuis, vt ſtatim explicabimus.

83 Verum † huic reſolutioni obſtat Primò idē text. noſter in d. §. ancilla, verſ. idem & in pecudibus, iuncto verſ. præcedenti, cui immediatè annectitur, vbi decidit Vlp. quod partus ancillæ furtiuæ conceptus, & natus apud bonæ fidei poſſeſſ. non eſt furtiuus, & vſucapi poteſt; & ſtatim ſubiungit idē, & in pecudibus ſeruandum eſſe, & in fetu eorũ; ergo fetus conceptus, & editus apud bonę fidei poſſeſſorem, furtiuus non eſt, & conſequenter vſucapi poteſt.

84 Obſtat † ſecundo l. 2. verſ. vlt. ff. pro ſuo ibi: *Similiter fructus rei emptæ, aut donatæ, aut quæ in hæred. inuenta eſt*; vbi I. c. concedit titulum pro ſuo, ad effectum (vt videtur) vſucap. in fructibus perceptis a bonę fidei poſſeſſore rei emptæ, vel iuſto titulo quæſitæ: nam niſi bonæ fidei poſſeſſor eſſet, nec vſucapiendi poteſtatem conceſſiſſet propter defectum bonæ fidei, quæ à principio requiritur, ergo, &c.

85 His † tamen non obſtantibus, inconcuſſa manet ſuprapoſita reſolutio. Nec obſtat text. noſter in d. verſ. idem & in pecudibus; quia omiſſa, vt ſæpè diximus, emendatione

Cuiacij, in d. l. 4. §. lana, ff. de vſucap. quam ſupra reprobauimus: omiſſis etiam aliorum interpretationibus, quas iam retulimus, facile reſpondeo, I. c. Vlp. in verſ. præcedenti, duo deciſiſſe in partu concepto, & edito apud bonæ fidei poſſeſſorem. Primum, quod furtiuus non ſit; Secundum, quod vſucapi poſſit. Statim autem ſubnectitur verſ. idem & in pecudibus, vbi dicens, quod id, quod in partu reſol uerat, locum etiam habeat in pecorum fetu, debet procul dubio intelligi, ad effectum, ne ſit furtiuus: non verò, vt vſucapi poſſit, id enim repugnat iuris principijs, & præcitatis iuribus. Immò & I. c. tacitè dubitans de eo, quod dixerat, ſcilicet, quod idem, quod de partu ancillæ dicebat, etiam militabat in fetu pecorum furtiuorum, quaſi videretur vſucapionem in eo concedere: (contra enim occurrebat, fetus pecorum, licet furtiuorum ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris, ſi & concipiebantur, & edebātur apud eundem) tacitæ dubitationi reſpondens, ſubdit vltimum verſ. (qui aliàs impertinēs, & repugnans præcedēti videbatur) in quo circa vſucap. reddit rōnem differentiæ in fetu pecorum, & partu ancillæ, ibi: *Ex furtiuis equis nati, ſtatim ad bonæ fidei emptorem pertinebunt: merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillæ non numeratur in fructu.* Quaſi dicat; cur fetus pecudum furtiuorum conceptus, & editus, apud bonæ fidei poſſeſſorem, non eſt furtiuus, ſicut nec partus ancillæ, ex eo eſt: quia vtrobique eadem ratio datur, de qua ſupra egimus circa partum ancillæ furtiuæ conceptum, & editum apud bonæ fidei poſſeſſorem. Cur autem non vſucapiatur fetus, ſicut & partus, ex eo eſt: quia fetus pecudum in fructu eſt, partus autem, non eſt in fructu. Et ex eo, quod fetus ſit in fructu, ſtatim fit bonæ fidei poſſeſſoris, & conſequenter ceſſat vſucapio, iuxta d. §. lana, cum ſimilibus ſupra adductis.

86 Non † obſtat Secundum ex d. l. 2. verſ. vlt. ff. pro ſuo: nam (omiſſa reſponſione gloſſæ ibidem, verbo, fructus, quam in ſpecie expugnat manifeſta eiuſdem I. c. deciſio, in d. l. bonæ fidei, 48. ibi: *Sed & omnes*, ff. de acquir. rerum domin. de qua agunt plurimi, quos refert, & ſequitur Hiſpanus Pichardo, in § ſi quis à non domino, à num. 2. & à nu. 11. Inſtit. de rerum diuiſ.) Reſpondeo, propterea I. c. in d. verſ. vlt. conceſſiſſe in fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis, poſſeſſionem pro ſuo; quia, vt ſupra tradidimus, titulus pro ſuo, eſt qualitas poſſeſſionis, & ob id etiam in rebus iam noſtris, adhuc durat titulus pro ſuo, & poſſeſſio pro ſuo, vt patet in l. 1. verſ. vlt. ff. eodem tit. ibi: *Sed an deſinam ex cauſa emptionis, poſt vſucapionem dubitatur? & Mauricianus dicitur exiſtimaſſe non deſinere*; Et quod I. c. in d. l. 2. verſ. vlt. nolit agere de vſucapione horum fructuum, ſatis conſtat ex principio eiuſdem text. vbi declarat, quid ſit titulus pro ſuo; & reſoluit, eſſe ſpeciem poſſeſſionis; & vt oſtenderet, hanc poſſeſſionis ſpeciem tam verſari in his, quæ vt noſtra poſſidemus, quam in his, quæ verè noſtra ſunt, & vt talia poſſidentur. Statim exemplificat in rebus, quæ cęlo, terra, marique capiuntur, quæ conſtat protinus noſtra fieri, §. feræ, Inſt. de rerum diuiſ. cum ſimilibus, & tamen in illis concedit poſſeſſionem pro ſuo, ergo & in verſ. vlt. licet ſupponamus fructus eſſe effectos bonæ fidei poſſeſſoris, non ob id denegatur in illis poſſeſſio pro ſuo, quæ in rebus verè noſtris etiam locum habet, quamuis vſucapio ceſſet ratione iuris id inhibente.

87 Atque ita † concludo, quod niſi conſideremus fructus (vel quæ fructuum iure cenſentur) per ſe, & ſeparatim acceptos, nunquam vſucapi poſſunt: nam vel ſunt furtiui, & vſucapi nequeunt, §. furtiuæ, Inſt. de vſucap. & ſupra latè probauimus; vel non ſunt furtiui, & ſtatim fiunt bonæ fidei poſſeſſoris rei furtiuæ, l. 4. §. lana, ff. de vſucap. & latè comprobauimus.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & materia l. ſed ſi mors, 13. verſ. proinde, ff. de donat. inter virum. à nu. 1. per tot. & præcipuè, à nu. 15.

Donatio cauſa mortis inter virum, & vxorem, validatur per deportationem donatoris ſecutam, d. nu. 1. & nu. 15.

Donatio inter virum & vxorem collata in caſum deportationis donatoris, valida eſt. d. nu. 1. & nu. 24. Intellige tamen, vt nu. 34.

Donatio cauſa mortis per pœnam capitis incurſam à donante irritatur. nu. 2.

Donatio cauſa mortis legatis æquiparatur. num. 3. & nu. 21. & quando id etiam intelligatur de donatione coniugali cauſa mortis. nu. 22.

Deportati bona omnia confiſcantur. nu. 4. ſibi tamen acquirit, quæ poſtea quærit. nu. 19.

Verbum placeat *à I. c. prolatum denotat conſenſum I. conſultorum, ex iuris rationibus comprobatum, nu. 5. ad finem.*

Donatio coniugalis in caſum diuortij, quando valeat. nu. 6. & nu. 34.

An per deportationem matrimonium diſſoluatur. nu. 7. & omninò. à nu. 35.

Donatio inter coniuges ſimpliciter facta, morte donatoris confirmatur. nu. 8. quæ antea omnino inutilis erat. nu. 10.

Donatio inter coniuges ſimpliciter facta, redacta eſt ad naturam donationis cauſa mortis, & ita ab ea deducitur Falcidia, & coniugis donatarij

fidei-

ſideicommitti poteſt. ibidem. & nn.10.

Donatio cauſa mortis inter coniuges ſemper fuit recepta; quidquid dicant Accurt. Iul. Clarus, & alij, d.nu. 8.

Elegans interpretatio ad Vlp. in l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, verſ. ſi miles, ff. de donat. inter virum.nn.9. & ad aliud.nn.21.

Cui teſtari permittitur, donare quoque inter viuos coniugi poteſt.d.nu.9.

Eleganter diſcutitur Vlp. in l. 3.in princip.ff.de legatis. 3. nu.10.

Qnod dono poſt mortem meam recipiendum, donare cauſa mortis videor, ibidem,

Donatio ſimplex coningalis, licet morte confirmetnr, habebat effectum donationis inter viuos, nn.11. & ita per condemnationem capitalem donatoris non irritabatur: niſi crimen graue eſſet. vt num.12,

Donationes ſimplices inter virum, & vxorem, nec indiſtincte cenſebantur iure vltimæ voluntatis, nec contractus, ſed quodam anomalo inre. numero 13.

Explicatur Papin. in l. ſi mortis cauſa.40. ff. de donat.cauſa mortis. nu. 14.

Donatio cauſa mortis inter coninges, perinde cenſetur, ac ſi ſimpliciter celebraretur. ibidem. & nu.15.quod tamen intellige in dubio, non verò, quando conſliterit, velle omnino facere donationem cauſa mortis.nu.22.

Explicatur l. ſi aliquis. ff. de donat. cauſa mortis.nu. 16. cum præced.

Donatio ſimplex, vel cauſa mortis inter coninges, olim per deportationem donatoris ſtatim rata fiebat; cum facultate tamen reuocandi vſque ad mortem naturalem.num.17. & quid hodie, numero 37.

Si maritus velit, ne bona ſua vnquam confiſcentur, ea donet vxori, ſiue ſimpliciter, ſiue cauſa mortis, quod intellige. vt nu. 18.

Maritus donator deportatus, ſi ante factam in coniugem donationem, reuocet, talia bona reuocata fiſco addicuntur. nu. 19.

Explicatur l. res vxoris. 24. verſ. vlt. ibi: fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro. *C.de donat.inter virum. num. 20.*

Donatio cauſa mortis inter coniuges habita cum iis ſolennibus, de quibus l. vlt. C. de donat. cauſa mort. eodem omnino iure cenſetur, quo inter extraneos facta; & eiſdem modis irritatur. numero 22.

In donatione cauſa mortis inter coniuges requiritur traditio rerum donatarum, vt donataria præferatur fiſco in confiſcatione bonorum mariti donatoris deportati. nu.23.

Quando actus ſimpliciter geſtus per pœnam incurſam non irritatur, bene poteſt conferri in caſum talis pœnæ. num.24.

Nemo præſumitur delinquere velle ſolum ad fraudandum fiſcum. ibidem.

Si maritns titulo donationis maioratum conſtituerit in vxore, ſiue ſimpliciter, ſiue conferendo in caſum damnationis capitalis ab ipſo conſtitnente forſitan incurrenda, valet nu. 25. iuncto nu. 33. cu præced.

An facta inter viuos maioratus conſtitutio reuocabilis, per damnationem inſtituentis irritetur. à nu.26.quæ ſi facta eſt in teſtamento, omnino, & extra controuerſiam irritatur. ibidem.

Securius eſt in puncto iuris, maioratum reuocabiliter inter viuos conſtitutum, per pœnam capitalem inſtitutoris irritari. contra Hiſpan. Molinam, Gomez, & alios.nu.27.

Aſſignatur differentia inter coniugales donationes, ſiue in liberos; & inter eas, quas quis reuocabiliter vſq; ad mortem facit: quamuis vtræque morte confirmentnr donantinm. nn. 28.

An maioratus aliàs reuocabilis irreuocabilitas conferri poſſit in eondemnationem capitalem conſtituentis.nu.29. vbi negatiue. vide tamen. numero 31.

An facultas reuocandæ diſpoſitionis amittatur ex delicto diſponentis.nu.30.

An donatio inter coniuges collata in caſum relegationis, valeat relegatione ſecuta, ſi omnia bona donatoris confiſcentur? num.32. vbi negatnr, & notabiliter explicatur noſtra l. ſed ſi mors. verſ. proinde. & vide etiam nu. 38.

Explicatur noſter verſ. proinde. ibi; minime. *numero 35.*

Explicatur d.l.res vxoris. 24. verſ. vlt. C. donat. inter virum. nu.37. cum ſeq.

An donatio inter virum, & vxorem collata in caſum deportationis, cenſeatur reuocata; ſi mulier donataria affectionem coniugalem mutauerit. nu. 39. vbi affirmatur. Quæ reuocatio prodeſt fiſco, quamuis maritus deportatus remittat culpam vxoris. ibidem ad fin.

Explicatur noſter verſ. proinde, ibi: & nihil vitij mulier incurrit. *ibidem.*

CAPVT II.

Ad Vlp. in l. ſed ſi mors, 13. verſ. proinde, ff. de donationibus inter virum & vxor.

1 VBi ita † ſcribit Vlp. *Proinde, & ſi mortis cauſa vxori donauerit, & deportationem paſſus eſt; an donatio valeat, videamus? & aliàs placet, in caſum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in cauſa diuortij. Cum igitur deportatione matrimoniũ minimè diſſoluatur;*

ſoluatur: & nihil vitij mulier incurrit: humanum eſt, donationem, quæ mortis cauſa ab initio facta eſt, tali exilio ſubſecuto confirmari; tanquam ſi mortuo marito rata habeatur. &c.

Duo decidit Vlpian. Primum; quod donatio cauſa mortis inter virum, & vxorem, valida ſit per deportationem donatoris ſubſecutã. Secundum; quod facta inter eaſdem perſonas in caſum deportationis ſimplex donatio, deportatione eueniente valida ſit. Cui conſentit I.c. Paulus, in l. inter virum, & vxorem exilij cauſa, 43. ff. eodem tit. de donat. inter virum & vxor.

2 Verum contra † vtrumque membrum inſurgunt maximæ difficultates; & contra Primum eſt idem Vlp. in l. ſi aliquis, ff. de donat. cauſa mort. vbi inquit: *Si aliquis mortis cauſa donauerit, & pęna fuerit capitis affectus, remouetur donatio, vt imperfecta: quamuis cęteræ donationes (ſi ſine ſuſpicione pœnæ facta ſint) valeant*. ergo idem videbatur dicendum in donatione cauſa mortis inter virum, & vxorem.

3 Accedit, quia † donatio cauſa mortis legatis equiparatur, §. 1. Inſt. de donat. l. vlt. C. de donat. cauſa mort. legatum autem in prædictis terminis corruere, probat text. in l. 2. C. qui teſtam. fac. poſs. l. eius, qui, §. ſi cui, ff. eodem tit. & in noſtra ſpecie, quod pariter procedat validitas donationis cauſa mortis, cum validitate teſtamenti, oſtendit Vlp. in l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, verſ. ſi miles, ff. de donat. inter virum.

4 Aduerſus ſecundum † notabile facit efficax, ac neruoſa difficultas, quod nempè in fraudẽ fiſci facere videtur maritus, qui in talem deportationis cauſam contulit donationem, qua bona publicantur, vt agnoſcit Coſta Luſitanus, in cap. ſi pater, verbo, legauit, nu. 6 de teſtam. in 6. Conſtat autem bona deportatorũ in fiſcum venire, l. ſi mandauero, §. is cuius, ad finem, ff. mandati, l. deportatus, l. vlt. ff. de interd. & relegat. ſecundum editionem Florentinam, innuit apertè text. in l. 2. & in l. 3. C. de bonis proſcript. Conſtat itidem fraudem fiſci ſemper eſſe exceptam, l. filiusfam. 114. §. Diui, il. 2. ff. de legatis 1.

5 Nec hanc † difficultatem eneruat Coſtæ reſponſio, d. nu. 6. quaſi fauorabiliter id introductum fuerit in vtilitatem vxoris: nam, licet hæc reſponſio aliquo modo applicetur primo notabili, de qno ſupra, & innuit text. noſter ibi: *Humanum eſt*; &c. & Imper. in l. res vxoris, 24. ibi: *Quia pudicitia præmio ceſſit*; &c. C. eodem tit. de donat. inter virum, & vxor. nihilominus tamen, non poteſt applicari ſecundo notabili, in quo I.c. nullum fauorẽ, aut priuilegium olfacit, vt patet ibi: *Et alias placet, in caſum deportationis donationem factam valere*; &c. vbi hoc eſſe placitum dumtaxat I. conſultorum demonſtrat, vt notatur in l. placet, ff. de liber. & poſth. & in l. placet, ff. de acquir. hæred. notat Eduard. Caldeira, lib. 4. var. lect. cap. 5. nu. 1. & nos ſupra notauimus, lib. 1. cap. 1. idque aſſertum erat inter iuris prudentes, ex uiribus rationum deductum; aliter ergo prædicta obiectio componenda eſt.

6 Deinde contra † idem ſecundum notabile facit: quia donatio in talem caſum, vt in caſum diuortij non poterat valere, iuxta text. ab ſpeciali l. quæ tamen, 12. ff. de donat. inter virum, cum tamen vtrumque parificet Vlp. hic.

7 Tandem † Vlp. in noſtra l. ſed ſi mors, videtur repugnantiam in ſe continere: nam dicit, quod matrimonium deportatione minimè diſſoluitur: & tamen idemmet æquiparat inter ſe, cauſam deportationis, & diuortij; & vtramque morti naturali comparat, ibi: *Tanquam ſi mortuo marito rata habeatur*; &c. vt oſtẽdat, quod ſicut diuortio, & morte naturali ſoluitur matrimonium, & validatur donatio cõiugalis, ita etiam de portatione, quæ mors ciuilis eſt, l. 1. §. quidam filium, ff. de bonorum poſſeſs. contra tabul. & ſpecialiter id inquit I.c. in l. ſi quis ſic ſtipuletur, ff. ſoluto matrimon.

8 His tamen † non obſtantibus, eleganter reſpondit Vlp. cuius mens, vt pateſiat, & pro vera ratione decidendi: aduerte, quod licet donatio ſimplex inter virum, & vxorem regulariter non valeat, ex rationibus, quas adducunt I. conſulti in l. 1. cum ſeqq. ff. de donat. inter virum & vxor. (cum inter alios valeret,) quia tamen dicta coniugalis donatio, non erat amarè interpretanda, nec odio prohibita, conſtitutum eſt, vt talis donatio morte donatoris vel donatricis confirmaretur, d. l. cum hic ſtatus, ff. de donat. inter virum & vxor. Atq; ita hæ ſimplices inter coniuges donationes, ad inſtar donationum cauſa mortis redigerentur (quæ ſemper receptę fuere inter virum, & vxorem, l. ſi eum, 9. verſ. vlt. cum ll. ſeqq. ff. de donat. inter virum & vxor. l. ſi mortis cauſa, 40. ff. de donat. cauſa mort. & I.c. Paul. lib. 2. recept. ſentent. tit. 23. §. vlt. quidquid perperam & inconſultò dicat gloſ. verbo, legatum, in l. 2. ff. de dote præleg. quam ſequitur Iul. Clarus, in §. donatio, quæſt. 9. verſ. 1. quos decepit text. in l. mortis ſuæ, ff. de donat. inter virum & vxor. qui longe diuerſum docet, vt ibidem patet): & hinc eſt, quod ab iſtis ſimplicibus donationibus coniugalibus deducitur Falcidia, ſicut à donatione cauſa mortis, l. ſi mortis, 5. & l. in donationibus, C. ad legẽ Falcid. & d. l. cum hic ſtatus, verſ. & de Falcidia, & ibi Bart. à nu. 1. Palatios Ruuios, in repet. Rubricæ de donat. inter virum & vxor. §. 69. à nu. 1. Plures, ac plura cumulat Hiſpanus Mo-

lina,

lina, lib. 1. de primogen. Hiſpan. cap. 12. à nu. 9. & ſicut ei, cui mortis cauſa donatum erat, fideicomitti poterat, ita & coniugi, cui ſimpliciter à coniuge donatur, l. ſequens quæſtio, 78. ff. de legatis 2.

9 Ex quibus † venuſtè introſpicietur mens Vlp. in d. l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, verſ. ſi miles, ff. de donat. inter virum & vxor. vbi ita ſcribit: *Si miles vxori donauerit de caſtrenſibus bonis, & fuerit damnatus, quia permiſſum eſt ei, de his teſtari; ſi modo impetrauit, vt teſtetur; cum damnaretur, donatio valebit: nam mortis cauſa donare poterit, cui teſtari permiſſum eſt.*

Vbi quærens rationem, ob quam mariti militis damnati, ſimplex donatio in vxorem collata valeat, eam reddit, quod cui teſtari permittitur, etiam donare cauſa mortis poteſt. Quæ quidem ratio primo aſpectu peregrina videtur, non enim quæſtio proponebatur de donatione cauſa mortis, ſed de ſimplici, vt patet: & propterea non concludens Accurtio viſa eſt, ibidem, verbo, permiſſum, ex eo, quod etiam donare cauſa mortis permittatur ei, cui teſtari non permittitur (quod verum eſt) l. tā is, in princip. & in §. 1. ff. de donat. cauſa mortis; & notant omnes, in princip. Inſt. quibus non eſt permiſſ. fac. teſt.

Verum non eſt aſſecutus Accurtius ſpiritū Vlp. qui decidens permiſſa facultate militi damnato, vt teſtetur, non proinde tamen ex eo permittebatur inter viuos ſimpliciter donare; nec per conſequens, ante facta in coniugē ſimplex donatio (de qua quæſtio erat) valere videbatur; quia tamen ſupponebat ex ijs, quę prædixerat in eadem l. cum hic ſtatus, ſimplices inter coniuges donationes, ad inſtar cauſa mortis redactas: & illum, cui teſtari permittitur, donare quoque cauſa mortis poſſe, l. 2. vbi notant omnes, ff. de legatis 1. eleganter reſpondet, propterea in dictis terminis ualuiſſe ſimplicem in vxorem militis donationem, quia illi teſtari permiſſum; & cui teſtari permittitur, etiam donare cauſa mortis poſſe: quaſi ſylogiſticè ita colligendo: Cui teſtari conceditur, donare quoque cauſa mortis conceſſum eſt: ſed donatio ſimplex inter coniuges, eſt ad inſtar donationis cauſa mortis, ergo, cui ex coniugibus teſtari permittitur, permittitur etiam ſimpliciter coniugi donare. Vnde mirè comprobat Vlp. has ſimplices inter virum, & uxorem donationes, gubernandas eſſe, ſicut donationes cauſa mortis, quoad plures effectus, qui coniugi donatario utiles ſunt; & ita cui teſtari permittitur, donare quoque inter uiuos coniugi poteſt.

10 Ex quibus † redditur maximè dubitabile Vlpiani reſponſum, in l. 3. in princip. ff. de legatis 3. ubi ita ſcribit: *Si mulier dotem ſtipulata fuerit, & accepta tulit marito in hoc dotem, vt fideicommiſſum det; dicendum eſt, fideicommiſſum deberi; percepiſſe enim aliquid à muliere videtur. Hæc ita ſi mortis cauſa donatura mulier marito fecit acceptum; ſed & ſi mortis cauſa auxerit marito dotem, vel in matrimonium eius mortis cauſa redierit: poteſt dici, fideicommiſſum ab eo deberi;* vbi manifeſtè requirit donationem inter coniuges, debere eſſe mortis cauſa, ad effectum, vt donatarij coniugis fideicommitti poſſit; contra id, quod expreſſè tradit I. c. in l. ſequens quæſtio, 78. ff. de legatis 2. & ſupra notauimus. Et facit contra Vlp. fortiſſimum argumentum, ex l. Scia cum nuberet, 11. verſ. vlt. ff. de dote præleg. vbi in donatione facta cuidam extraneo à muliere nupta, ſi morte ipſius ſolueretur matrimonium: cum donatrix poſtea in ſuo teſtamento conſtituiſſet, vt dos ad maritum pertineret: interpretatur I. c. donationem extraneo factam cenſeri cauſa mortis (ſi quidem mentio ſoluti matrimonij per mortem donatricis facta fuit) vt quaſi tacitè fideicommiſſum videatur iniunctum, quo extraneus videtur rogatus de dote reddenda viro. Quinimmo conſtat ex eodem Vlp. in l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, verſ. ſi miles, ff. de donat. inter virum, & vxor. (vt ſupra proximè ſumus interpretati) donationem ſimplicē inter virum, & vxorem, eſſe cenſendam iure donationis cauſa mortis. Cur igitur tam variè ſcripſit idemmet Vlpianus.

In hac difficultate, quæ nec modica eſt, nec vulgaris (ad quam Doctores non aduertunt) non aliter reſponderi poſſe exiſtimo, quam ſi recurramus ad tempus, quod adhuc lege confirmatæ non erant ſimplices inter cōiuges donationes: & ob id opus erat vti donatione cauſa mortis, & id innuit idem Vlp. in d. l. cum hic ſtatus, in princip. dum ſuo tempore conſtitutum aſſerit, vt prædictæ ſimplices donationes valerent morte donantium, cum antea is eſſet ſtatus dictarum donationum, vt nullatenus valerent. Ex quo conſtat eodem tempore Vlpiani præfatas ſimplices donationes diuerſo iure diffinitas: vnde nihil mirum, quod pro tempore variè reſponderit Vlp. ne tamen maneat ſuperflua hæc deciſio, illud colligetur, quod ante rationem Imp. Antonini in Senatu habitam, de qua meminit Vlp. in d. l. cum hic ſtatus, non alias valuiſſe donationem inter coniuges, niſi mortis cauſa factam.

11 Conſtat igitur † ex ſupradictis, donationes inter virum, & vxorem ſine mentione mortis factas, diſtingui ab ijs, quæ ſimpliciter inter alias perſonas fiunt, in eo, quod hæ indiſtinctè, & ſtatim valeant, illæ verò non niſi morte coniugum donantium.

Et quia adhuc inæqualitas quædam manebat

bat

bat in iſtis coniugalibus donationibus, videlicet, quod cum inter alias perſonas inter viuos factæ donationes, vtpotè, cum valeant à principio, ſecuta poſtea publicatione bonorum, non adimantur, ſi citra fraudem fiſci fiant, l. poſt contractum, ff. de donat. l. ſi aliquis, ad finem, ff. de donat. cauſa mortis. Coniugales tamen donationes inter viuos celebratæ, cum morte confirmentur, omninò irritæ fiant publicatione bonorum, ad ſimilitudinem earum, quæ cauſa mortis fiunt: quod quidem tantum tendebat in compendium fiſcale. Vnde ad hanc inæqualitatem tollendam, conſtitutū eſt, vt ſimplices donationes inter coniuges, licet morte confirmentur, perinde tamen habeantur, ac ſi à principio validæ eſſent, probat d. l. res vxoris, & l. donationes, quas parentes, C. de donat. inter virum, & vxorē, notat gloſ. in d. l. res vxoris, & verbo, donatio, in l. ſed interim, ff. eodem tit. (licet propter prohibitionem legis, retro non trahantur, vt latè ex pluribus comprobat Luſitanus Barboſ. in l. quæ dotis, nu. 134. ff. ſoluto matrimonio) & ita ſecuta deportatione coniugis donantis, & conſequenter publicatione bonorum, non irritentur, d. l. res vxoris, & text. noſter in l. ſed ſi mors.

12 Quod † tamen receptum eſt, niſi crimen graue eſſet, vt innuit Vlpian. in l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, verſ. ſi maritus, ff. de donat. inter virum & vxor. & inferius tangemus: nā in hoc caſu, ſicut quælibet donatio cauſa mortis, per confiſcationem bonorum donantis irritatur, d. l. ſi aliquis, ita & ſimplex donatio inter coniuges, quando confiſcatio bonorum ſequitur graue crimen donatoris.

13 Hinc apparet, has † coniugales donationes, modò cenſeri iure donationum cauſa mortis; modò inter viuos; vt ita in fauorem coniugis donatarij (qui regulariter intenditur) anomalo quodam iure regantur, argumento text. ad id elegantis, in l. Papinianus, §. ſed nec impuberis, ff. de inoff. teſtam. notat Bart. communiter receptus, in l. ſequens quæſtio, nu. 1. ff. de legatis 2. Alex. conſ. 26. à nu. 4. lib. 2. Bald. in Auth. Ex teſtamento, nu. 1. C. de collat. plures refert, ac ſequitur Molina Hiſpan. lib. 1. de primogen. cap. 12. nu. 11. vbi ex multis comprobat has donationes tertiam ſpeciem diſtinctam à contractu, & vltima voluntate conſtituere: nam forma verborum ad ſpeciem donationis inter viuos trahebat; quia tamen obſtabant rationes l. 1. l. 2. & l. 3. ff. de donat. inter virum & vxor. morte dumtaxat confirmantur, ad inſtar donationum cauſa mortis: tunc enim ceſſat ratio prohibitionis, vt inquit I. c. in l. quia in hoc tempus, ff. de donat. inter virum & vxor. & ita vbi effectus donationis inter viuos, citra rationem legalium prohibitionum poteſt accommodari hiſce cōiugalibus donationibus, valeant, vt inter viuos, d. l. res vxoris, C. de donat. inter virum, & vxor. & text. noſter in d. l. ſed ſi mors, alioquin iure donationum cauſa mortis cenſentur, vt ſupra probauimus.

14 Vnde colligitur † ratio decidendi ad Papin. in l. ſi mortis cauſa 40. ff. de donat. cauſa mortis, vbi ita ſcribit: *Si mortis cauſa inter virum, & vxorem donatio facta ſit: morte ſecuta, reducitur ad id tempus donatio, quo interpoſita fuiſſet.* Ex quibus verbis colligitur, quod cum donationes cauſa mortis inter coniuges eundem exitum ſortiantur, ſicut & ſimpliciter factæ: morte ſecuta donantis, retrotrahantur, ac aliæ ſimpliciter inter eoſdem factæ. Idque ex eo, quia aliter donari inter coniuges non poteſt, niſi reſpectu mortis, qua ſola confirmantur. & quod peculiari ratione moueatur Iuriſconſultiſſimus Papin. (cuius acre ingenium vbiq; laudatur à Cæſare, in l. 1. verſ. cumque hæc materia, C. de veteri iure enucl. & in l. cum acutiſſimi, C. de fideicommiſſ.) ſat innuunt illa verba (quæ alias ſuperfluerent) ibi: *Si mortis cauſa inter virum, & vxorem*; &c. & ita ſentit, donationes coniugales, vel ſimpliciter, vel mortis cauſa factas, promiſcuè morte confirmari, & vtraſque promiſcuè vim ſimplicis, ac inter viuos donationis habere.

15 Quibus † huc vſque præmiſſis, patet intellectus ad noſtrum text. in d. l. ſed ſi mors, verſ. proinde. & ſimul reſponſio ad ſuprapoſitas difficultates: nam propterea in noſtro verſ. proinde, donatio cauſa mortis inter virum, & vxorem deportatione non irritatur, quia cum ſimplices donationes inter virum, & vxorem, habeant naturam donationum cauſa mortis, poſt orationem Imp. Antonini, de qua Vlp. in d. l. cum hic ſtatus, ff. de donat. inter virū & vxor. & nihilominus validæ maneant deportatione donantis ſecuta, quaſi morte. Humanum etiam viſum fuit, vt eundem effectum ſortiantur donationes cauſa mortis inter eaſdem perſonas celebratæ; cum eundem exitū vtræque habeant, vt ex Papin. in d. l. ſi mortis, 40. ff. de donat. cauſa mortis, ſupra proximè oſtendimus. Et id eleganter ſentit Vlp. in noſtro verſ. proinde, ibi: *Humanum eſt, donationem, quæ mortis cauſa ab initio facta eſt, tali exilio ſubſecuto, confirmari, tanquam ſi mortuo marito rata habeatur;* &c. Iunctis verbis præcedentibus, ibi: *Et aliàs placet in caſum deportationis donationem factam valere*; &c. vbi ad validitatem donationis cauſa mortis inter coniuges habitæ, de qua quæſtio erat, vtitur exemplo ſimplicis donationis: quaſi dicat, ſicut donatio ſimplex facta inter virum, & vxorem ſe-

cuta

121

euta morte donatoris, valet, & ita deportatione (quæ mors ciuilis eſt, vt oſtendetur inferius) non irritetur; ita etiam valeat ea, quæ ab initio mortis cauſa facta eſt; cum vtraque quoad exitum eandem vim ferant.

Hæc autem humanitatis ratio non prouenit ab aliquo priuilegio coniugum, vt perperam aliqui voluere; quia, ſuppoſito, quod omnes donationes reſpiciunt mortem coniugum donantium, iam attento effectu, & rigore iuris, quodammodo omnes erant cauſa mortis; & ſicut ſimpliciter factæ deportatione non peribant, ita & illæ, quæ cauſa mortis expreſſa concipiebantur. Verum, quia in ordinaria donatione cauſa mortis, quilibet extraneus donatarius repellebatur, d. l. ſi aliquis, ff. de donat. cauſa mort. humanum dici poteſt, eximere ab hac generali regula donationem inter coniuges mortis cauſa factam, licet hoc aliqualis iuris ratio ſuaderet, ſuppoſito, quod in ſimplici donatione coniugali id receptum fuerat.

16 Vnde † d. l. ſi aliquis, ff. de donat. cauſa mortis, in ea dumtaxat donatione cauſa mortis locum habebit, quæ fit perſonis, quibus aliàs inter viuos donari poterat: nõ verò in terminis, in quibus qualibet donatio etiam ſimplex, & inter viuos facta, reducitur ad ſpeciem donationis cauſa mortis; quæ quidem tunc in dubio, quoad hunc effectum cenſebitur, quaſi inter uiuos; ex ſupradictis; quod ibidem innuit gloſ. ſed rationem ſpecialitatis non expreſſit. Id etiam tradit Coſta (qui rationem non adducit) in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, legauit, num. 6.

17 Nec obſtat † ſuprapoſitæ reſolutioni d. l. res vxoris, 24. C. de donat. inter virũ, & vxor. ibi: *Donationes à viro in vxorem collata, adhuc in pendenti maneant*; &c. quibus cum ſequentibus manifeſtè oſtendit Imperat. in noſtris terminis, per deportationem non confirmari donationem coniugalem, ſed requiri omninò mortem naturalem. Reſpondẽdum enim eſt, Vlp. in noſtro verſ. proinde, non conſiderare mortem naturalem, ad effectum, vt confirmetur donatio (cum eſſet iam ciuili morte cõfirmata) ſed tantum ne reuocetur; & id eleganter oſtendit, ibi: *Tanquam ſi mortuo marito rata habeatur: ita tamen, vt non adimatur licentia marito, eam reuocare: quia & mors eius expectanda eſt, vt tunc pleniſſimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit ſubtractus*; &c. & ita coniuge donatore in his terminis moriente, nõ dicitur tunc confirmari donatio, ſed non poſſe iam reuocari. Sentit gloſ. ibidem, verbo, rata habeatur; Coſta, in d. 1. parte, verbo, legauit, nu. 6. Propterea autem in d. l. res vxoris, ſola morte naturali coniugis donantis confirmatur donatio, & omni tempore retro pendet: quia tunc temporis matrimonium deportatione non ſoluebatur, de quo inferius latè agemus.

18 Vnde † colliges notabilem cautelam, quod ſi quis ex coniugibus, velit vt bona ſua ad fiſcum non perueniant (exceptis criminibus grauioribus, de quibus per ſuppoſitionem agit Vlp. in l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, verſ. ſi maritus, ff. de donat. inter virum. Luſitanus Eman. Mendez à Caſtro. in repet. l. cum oportet, 1. parte, nu. 47. C. de bonis, quæ liberis) illa donet cõiugi, vel ſimpliciter, vel cauſa mortis. quod probat text. noſter in uerſ. proinde, & d. l. res vxoris, dummodo in fraudem fiſci factum eſſe non conſtet, quæ ſemper excepta cenſetur, l. filiusfam. 114. §. Diui, l. 2. ff. de legatis 1. in dubio enim videbitur maritali affectione fieri, ex ratione l. 1. ff. de donat. inter virum.

19 Adderem † ſupradictis, quod ſi coniux donator, poſt deportationem reuocauerit donationem, vt poteſt, ex noſtro textu in verſ. ita tamen, & ex d. l. res vxoris, eadem tunc bona non ipſe, ſed fiſcus occupabit: quia ſunt bona, quæ marito competunt ex cauſa de præterito, & conſequenter venire debebant in confiſcationem, iuxta ſupradicta; ea enim tantum deportatus ſibi poteſt acquirere, quæ denuo ei obueniunt, l. 2. C. de bonis proſcript. l. ſi mandauero, §. is cuius, ad finem, ff. mandati, cum ſimilibus; aliàs tetigit Coſta Luſitanus, in §. & quid ſi tantum, 2. parte. nu. 48.

20 Nec † obſtabit d. l. res vxoris, 24. verſ. vlt. C. de donat. inter virum, & vxor. ibi; *Fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro*. quaſi fiſcus omnino excludatur, ſiue deportatus reuocet, ſiue nõ reuocet donationem: nã, vel debet intelligi, vt confirmata donatione cõiugali per mortẽ naturalẽ donatoris deportati, fiſcus omninò excludatur; vel vt dũ nõ reuocat (quãdiu donatio in pendenti eſt) omninò ſileat fiſcus. Non tamen denegat, nec denegare præſumendum eſt, vt reuocante donationem viro deportato, bona fiſco nõ deferantur, immo penes delinquentem maneant, quem lex punire ſemper intendit.

21 Præterea, † dum ſupra diximus, donationes cauſa mortis inter coniuges per deportationem donatoris validari; obſtabat æquiparatio legati. & donationis cauſa mortis, §. 1. Inſtit. de donat. quaſi, ſicut legata per deportationem irrita fiunt, l. 2. C. qui teſt. fac. poſſ. l. eius, qui, §. ſi cui, ff. eodem tit. ita videbatur irritanda donatio cauſa mortis inter coniuges inita. Verum ex dictis ſatisfit, quod cum donatio cauſa mortis inter coniuges eundẽ exitũ habeat, ac donatio ſimplex, nõ eſt cenſenda cõni iure donationis

cauſa

cauſa mortis, ſed potius quodam anomalo iure, vt ſupra probauimus.

Huic autem reſponſioni non nocet l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, verſ. ſi miles, ff. de donat. inter virum & vxor. vbi quando maritus damnatur, vt valeat donatio cauſa mortis in coniugem collata, requiritur, vt ei teſtari permittatur: ac per conſequens videtur text. innuere, quod donatio cauſa mortis etiam inter coniuges iure teſtamentariæ diſpoſitionis regi debeat. Etenim, in primis reſpondeo, text. in d. verſ. ſi miles, principaliter agere de donatione ſimplici inter coniuges, ad idque vſum fuiſſe argumento donationis cauſa mortis, ex eleganti ratione, quam ſupra tradidimus: Deinde propterea requirit facultatem teſtandi in marito, vel quia donauerat poſt reatum; vel quia text. ille loquebatur de criminibus grauioribus, in quibus etiam ante reatum, inter coniuges factæ donationes irritæ erant, vt patet ex verſ. præcedenti, & ex ijs, quæ ad illum notat Luſit. Mendoz à Caſtro. in repet. l. cũ oportet, 1. p. n. 47. C. de bonis quæ liber.

22 Obiter † tamen aduerte, quod quando dicimus donationem cauſa mortis inter coniuges, exiſtimandam ſicut ſimplicem donationem, id intelligimus in dubio: Nam ſi ipſa fiat cum ſolennitate, de qua in l. vlt. C. de donat. cauſa mortis, omninò irritabitur in terminis, de quibus hucuſque loquimur ſicut, & quælibet alia vltima voluntas, ex l. 2. C. qui teſtam. fac. poſſ. faciunt ea, quæ eleganter tradit Eduard. Caldeira, lib. 4. var. lection. cap. 2. nu. 2. iuncto nu. 15. & ratio eſt clara: nam quando inter coniuges fit donatio cauſa mortis, ijs ſolennibus, quibus æquiparatur legatis, & fideicommiſſis, tunc ex ipſa mente coniugis donantis apparet, ſe velle facere donationem omninò diuerſam à ſimplici donatione, quæ per mortem confirmatur, cui regulariter æquiparari inſolennem donationem cauſa mortis, ſupra probauimus. Et hoc ſatis colligitur ex forma diſponẽdi, qua teſtator vtitur, quæ ad ſimpliceẽ donationẽ nõ requiritur.

23 Ex quibus † huc vſque diſcuſſis infertur, veram eſſe ſententiam Baldi, in l. executorẽ, nu. 30. C. de executione rei iudicatæ; quem ſequitur Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo legauit, nu. 6. dum inquiunt, in terminis noſtræ l. ſed ſi mors, verſ. proinde, neceſſariam eſſe rerum donatarum traditionem, vt coniux donatarius cauſa mortis præferatur fiſco. Hoc autem intelligo ex eo procedere, quia verius eſt, quod in donationibus coniugalibus regulariter neceſſaria eſt traditio, l. Papinianus, ff. de donat. inter virum & vxor. vbi Bart. & reliqui, Couar. in 3. parte, Rubr. de teſtamentis, nu. 2. plures refert, & ſequitur Clarus, in §. donatio, quæſt. 9. verſ. ſcias autem, Eduard. Caldeira, d. cap. 2. nu. 13. & cum donatio inter coniuges mortis cauſa, regulariter eundẽ exitum habeat, ac ſimplex donatio coniugalis, vt ſupra oſtendimus, nihil mirum, quod in ea etiam requiratur rei donatæ traditio, quidquid in ea id ſpecialiter requirat Coſta vbi proximè.

24 Quod attinet † ad ſecundum notabile noſtri text. quando ſcilicet donatio inter coniuges, collata eſt in caſum deportationis, obſtant illa duo, quæ ſupra in initio obiecimus, videlicet, de fraude fiſci, & de cauſa diuortij.

Et quoad fraudem fiſci, dicendum eſt, quod ſi quidem donationes inter coniuges confirmantur, & vires accipiunt à ſecuta coniugis donatoris deportatione, fiſco omninò ſeclusſo, d. l. res vxoris, verſ. vlt. C. de donat. inter virum & vxor. & ſupra oſtendimus, nihil mirum, quod in caſum deportationis ab initio donatio conferri poſſit: ne dicamus, quod id, quod citra conuentionem eſt medium legitimum ad roborandum actum, propter conuentionem operetur contrarium, dummodo tempore, quo fit, non ſit contractum delictum, ex quo veniunt bona publicanda, l. poſt contractum, ff. de donat. tunc enim ſicut nulla donatio ſuſtinetur, ita nec hæc coniugalis.

Et licet etiam antequam delictum perpetretur, & citra animum perpetrandi, primo intuitu videatur inuolui fraus fiſci, dum priuatur ſaltem in ſpe confiſcatione prædictorũ bonorum, nihilominus tamen, cum interim dum quis nõ delinquit, non præſumatur quod velit delinquere dumtaxat ad fraudandum fiſcum, cum grauiorem pœnam crimine perpetrato luere debeat: magis videbitur prouidere vxori, in caſu, quo à iure eidem prouidetur, quam fiſcum fraudare.

25 Vnde infertur, quod ſi maritus titulo donationis vel ſimplicis, vel cauſa mortis, conſtituat maioratum, vel capellam, vel ſimile, in caſum deportationis (excipe grauiora crimina, vt ſupra tradidimus) in hoc caſu marito deportato (vel è contra) bona titulo maioratus ad vxorem pertinebunt, fiſco excluſo; idque probat text. noſter, in verſ. proinde, vt ſupra oſtendimus, nihil enim intereſt, quid donetur, ſed quomodo donetur.

26 Cuius † reſolutionis occaſione diſputari obiter poteſt, vtrum maioratus in perſona extranei conſtitutus, poſſit conferri in caſum deportationis, vel damnationis ipſius conſtituẽtis, ex quo bona veniant confiſcanda? cuius quæſtionis diſcuſſionem præcedere debet inſpectio alterius: an videlicet maioratus ſimpliciter conſtitutus, deportatione, vel damnatione conſtituentis reſcindatur? quæ quidem

quæſtio

Digitized by Google

quæſtio ſolum procedit in maioratu reuocabili vſque ad mortem conſtituentis:de irreuocabili enim, nulla dubitatio eſt, quod non reuocetur, & confiſcetur, ex damnatione conſtituentis, ſi ceſſet fraus fiſci,vt tradit in terminis Hiſpan. Molina,lib.4.de primog.ca.11.n.18.

In maioratu igitur reuocabili, quod per deportationem, & damnationem conſtituentis non irritetur,& confiſcetur, tenuit Anton.Gomez.in l.40.Tauri, n.19.verſ.aduertēdum tamen eſt, argumento text. in d. l. res vxoris,C. de donat. inter virum, & vxor. & noſtri verſ. proinde. Contrariū tamen tenuit Simanchas, de Catholicis inſt.cap.9.de bonis hęret.n.256.

Hiſpanus Molina,d.cap.11.n.20.diſtinguit inter maioratum reuocabilem conſtitutum in teſtamento;aut extra teſtamentum. Primo caſu reſoluit, ex delicto inſtitutoris omnino corruere, l. eius qui, §. ſi cui, ff. qui teſtam.fac. poſſ.l.2. C. eodem tit. & in hoc caſu nulla omninò dubitatio eſſe debet.

Si verò ſit conſtitutus extra teſtamentum, concludit ex delicto, & confiſcatione bonorū inſtituentis non reſcindi, ex eo, quod putet talem maioratus conſtitutionem non eſſe ſpeciem vltimæ voluntatis, quamuis in ſe reuocabilis ſit,ſed potius accedere ad naturam donationum coniugalium, & à parentibus in liberos, quos in poteſtate habent, collatarum, argumento prædictorum. Ita Molina, lib.1. de primogen. cap. 12.à num. 11. vbi hanc æquiparationem facit.

27 Ego autem † generalem reſolutionem Molinæ falſam eſſe autumo,dum dicit,quod ex delicto inſtitutoris non debet reuocari maioratus aliàs reuocabilis; & ita non excipit delictū ſiue graue,ſiue leue. Quod oſtendo ex eiuſdem fundamentis: nam ipſe mouetur exemplo donationum coniugalium, & ſimilium; quæ licet morte confirmentur, non proinde tamen ſunt ſpecies vltimæ voluntatis; at donatio coniugalis (quamuis alioquin deportatione confirmetur, vt ſupra oſtendimus) ſi tamen maritus donator hominis ſeruus fiat,vel alias graue committat delictum, ex quo damnetur, irrita ſit, l. cum hic ſtatus, §. ſi donator, in princip. & in verſ.ſi maritus, ff. de donat. inter virum, & vxor. & ſupra tetigimus, ergo,&c.

Deinde etiamſi delictum ſolam importet deportationem,adhuc tutius puto, vt in prædicta ſpecie, omninò maioratus reſcindatur, & bona confiſcentur, tum ex regula generali l. filiusfam. 114. §. Diui,il 2. ff.de legatis 1. ibi: *Sed hæc neque creditoribus, neque fiſco fraudi eſſe*, &c.vbi ſicut obligatio a teſtatore poſtea contracta non obeſt creditoribus, ita nec idem teſtator poſtea delinquendo ex pręcedenti diſpoſitione fiſco debet obeſſe:tum argumento d. l. ſi aliquis, ff. de donat. cauſa mortis:nam licet maioratus ſimpliciter extra teſtamentū conſtitutus, non ſit ſpecies vlt. voluntatis ex propria natura, quia tñ inſtitutor voluit eſſe reuocabilem ad vitæ ſupremū exitū conſequēter quoq; voluiſſe præſumitur, vt ad inſtar donat. cauſa mortis redigeret, & ita locū hēbit d.l. ſi aliqs.

28 Nec pro † Molina quidquam facit exemplū donationum coniugalium,& earum,quæ in liberos fiunt,quas æquiparat Imper. in l. donationes,quas parentes,C. de donat.inter virum & vxor. Imola,n.3 in l.ſequens quæſtio, ff. de legatis 2.& communiter Doctores,licet vnam elegantem differentiam conſtituat Coſta Luſitanus in repet.l.qui duos,§.cum in bello,verbo patrem prius,n.16.ff.de rebus dubijs. Nam licet vtræq; deportatione ſubſecuta donatorū non irritentur; ſiue ſimpliciter fiant,ſiue cauſa mortis, vt latè ſupra probauimus, id prouenit,quia à principio irreuocabiliter fierent,niſi lex reſiſteret:& ob id ceſſante ratione prohibitionis, voluit lex, vt cenſerentur tamquam irreuocabiles donationes à tempore, quo ſunt celebratę,vt ſupra oſtendimus. At conſtitutio maioratus, quam quis facit liberè; & nulla lege cogente,reuocabilem vſq; ad mortem,manifeſtam oſtendit ſimilitudinem donationis cauſa mortis, & ſecundùm illam regulanda eſt;& conſequenter locū habebit d.l.ſi aliquis.

29 Quo poſito, iam † ad ſupra excitatā quæſt. verū conſtitutio maioratus poſſit cōferri in caſum deportationis incurſæ ab inſtituēte,negatiuè reſpōdeo:quia ſicut ipſa deportatione irritaretur don.ita in talē caſū omninò irrita erit.

30 Ex dictis † inferes ad doctrinā Angeli, in l. filius, col.2.C.de bonis proſcriptorum,qui dicebat,facultatem reuocandæ diſpoſitionis nō amitti ex delicto ab ipſo diſponēte commiſſo, ſupponens,diſpoſitionem non corruere; vt videlicet procedat in terminis noſtræ legis,ſed ſi mors,verſ. proinde,& ſimilibus,in quib. actus ante geſtus per deportationem ſpecialiter ſuſtinetur,nō tamen generaliter,& in terminis, in quib. actus omninò irritetur,vt in l. ſi aliqs, ff.de don.cauſa mortis, cū ſimilibus tunc.n.facultas reuocādi nō quidē amittitur,verū ceſſat omninò,& extinguitur,nō ſubſiſtēte materia.

31 Si tamen † in fauorem maioratuū placeat opinio Gomezij, Molinæ, & aliorum, quos proximus refert,d. cap. 11. n. 23.in fine,tunc reſoluerem, bene poſſe illorum maioratuum irreuocabilē conſtitutionē conferri in cauſam deportationis,& confiſcationis bonorū conſtituentis, quaſi in caſum mortis, ex æquiparatione,quā facit noſter tex.in l.ſed ſi mors,verſ. proinde,vt ſupra expendimus,dūmodo tamen id non intelligitur in delictis,quæ maiorē condemnationem expoſtulant, iuxta ſupradicta.

32 Illud obiter † aduerterem pro explicatione noſtri verſ. proinde, quod ſi citra deportatio-

V nem,

nem, & ita ſine capitis diminutione, bona donatoris coniugis per fiſcum auferantur, vt fieri aliquando poteſt, veluti in relegatis, argumento text. in l. relegati, ad finem, ff. de interdictis, & relegatis, innuit I.c. in l. relegatorum, 7. §. ſiue ad tempus, cum §. ſequenti, infra, eodem tit. in quibus terminis conſtat, relegatos capite non minui; immò & nuptias adhuc retinere, & filios in poteſtate, & cętera munia ciuilia exercere, d. l. relegati; an videlicet, in his terminis donatio inter coniuges irritetur, & tranſeat in fiſcum cum reliquis bonis donatoris (ſi omnia confiſcentur)? Et certè, ego affirmarem, quia noſter text. in d. l. ſed ſi mors, verſ. proinde, propterea dicit bona donata in coniugem non confiſcanda, quia ſunt ciuili morte confirmata, vt patet ibi: *Tanquam ſi mortuo marito rata habeatur*; &c. & propterea exemplificauit in deportato, quia capite minuitur, §. minor, Inſt. de capitis diminut. vel exemplificat in diuortio (de quo ſtatim agemus) quia ſoluit matrimonium: & ita continent effectum mortis naturalis. Quod quidem non euenit in relegato, qui omnia iura ciuilia conſeruat, & conſequenter matrimonium.

Nec obſtat text. noſter in verſ. proinde, ibi: *Cum igitur deportatione matrimonium minimè diſſoluatur*; &c. & text. in l. res vxoris, verſ. vlt. C. eodem tit. vbi ſecuta deportatione, matrimonium durat, & tamen bona donata nō conſiſcantur. Reſpondeo enim ex infra dicendis, ſi tamen non omnia bona confiſcentur, in non confiſcatis ſuſtinebitur donatio.

33 Ex quibus † etiam aduerterem in ſuprapoſitis ſpeciebus maioratuum, quas validas eſſe cēſuimus per damnationem conſtituentium: nō aliter validari, quam ſi confiſcationem praecedat cauſa, quæ mortem ciuilem ingerat, ad effectum, vt quaſi morte conſtituentium firmæ maneant; non oblata tamen reuocandi facultate, vſque ad mortem naturalem conſtituentium; vt in donationibus coniugalibus ſupra probauimus; & inferius tangemus.

34 Reſtat † tandē, vt de diuortio aliquid dicamus pro perfecta interpretatione noſtri verſ. proinde, vbi Vlp. inquit, donationē perinde valere in caſū deportationis, ſicut in caſū diuortij, l. ſed interim, 11. §. vlt. ad finē, ff. de donat. inter virū & vxor. quaſi vterq; caſus ſoluat ipſo iure matrimoniū, ac mors naturalis, in hoc enim I. c. idem conſiderarunt, quod in ſimili conſiderauit Scæuola, in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liber. & poſthum.

Vnde quod de diuortio dicit Vlp. hic debet neceſſariò intelligi, quando diuortiū bona gratia fit; cuius varias ſpecies enumerant I. c. in l. vitricus, 60. verſ. diuortij cauſa, cū l. ſequenti, ff. de donat. inter virū & vxor. & patet ex l. & ideo, ff. eodē tit. ibi: *Et ideo bona gratia matrimonium diſſoluatur*; &c. alias enim donatiō facta in oēm cauſā diuortij, ēt mala gratia, valere nequibat, vt innuit I.c. in l. quę tñ, iuncto fine legis praecedentis ff. de donat. inter virū & vxor. nā tale diuortiū oīno legib⁹ improbat, l. reprehēda, 5. vbi notāt Doctores, C. de inſtit. & ſubſtit.

Ex quo colligitur mens Vlp. in noſtra l. ſed ſi mors, verſ. proinde, dū ęquiparat donationē coiugalē in caſum deportationis, ſicut in caſū diuortij, vt tunc velit, & intelligat deportatione validā fieri: quia ſola deportatione non creditur ſublata affectio maritalis; & ita in dubio bona gratia ſolutū matrimonium dicendū eſt:
35 nā † de rigore iuris matrimoniū diſſoluitur p deportationē, cū ſolū inter ciues Romanos cōſiſtat, princip. Inſt. de nuptijs, expreſſit ī terminis I. c. in l. ſi quis ſic ſtipuletur, ff. ſoluto matr. facit regula text in l. 1. §. quidā filiū, ff. de bonorū poſſeſs. contra tab. ibi: *Deportatos enim mortuorum loco habendos*; &c. Elegātē rationē reddit I. c. Paulus, in l. actione, §. publicatione, ff. pro ſocio, ibi: *Nam cum in eius locum alius ſucceſſit, (videlicet fiſcus) pro mortuo habetur*; &c. faciunt quę tradit. Luſit. Coſta, in §. & quid ſi tātū, 2. parte, nu. 30. cū ſeq. & ideo Vlp. in noſtra l. ſed ſi mors, verſ. proinde, dicit, quod donatio cauſa mortis inter coniuges celebrata, per deportationem validatur, quaſi coniux donator mortuus eſſet: alioquin inter cōiuges quatenus in matrim. ſūt, ſubſiſtere nequiuiſſet, l. 1. cū ll. ſeqq. ff. de donat. inter virū & vxor. Atq; ita deportatione confirmatur donatio coniugalis, ſicut in caſu diuortij bona gratia interpoſiti.

Nec obſtabit tex. noſter, ī verſ. proinde, ibi: *Cum igitur deportatione matrimonium minime diſſoluatur*; &c. vbi clarè probat, matrim. nō ſolui per deportationē: nā omiſſis, quę non aptè à gloſ. & Doctoribus adducuntur, reſpōdeo, verbū illud *(maximè)* non eſſe Vlp. cum & mens, & verba, & ratio ab eodē ſubiuncta, manifeſtè conuincant, ſine negatione textum eſſe legendū, imo appoſitum fuiſſe a compilatoribus iuris, idq; ex generali facultate Imp. Iuſt. in l. 1. §. ſed & hoc ſtudioſum, C. de veteri iure enucleando. moti aūt ſunt compilatores ex conſtitutione Imp. Conſtantini, in l. res vxoris, 24. verſ. vlt. C. de donat. inter virū, qui demū cōſtituerat, matrimoniū deportatione non ſolui, & ita ex d. l. ſed ſi mors, deceptus dicit Tobias Nonius, in princip. Inſt. de teſtam. nu. 9. ad finem, matrimonium deportatione non diſſolui.

36 Pro† cuius pfecta cognitione, aduerte, olim per deportationē ſimpliciter ſolui matrim. vt iura, & ratio ſupra poſita comprobant. Poſteà tamen hęc iuris ſeueritas emollita eſt, ab Imp. Alex. vt patet ex l. 1. C. de repudijs, ibi: *Matrimonium quidem deportatione non ſoluitur, ſi caſus, in quem maritus inciderit, non mutet vxoris affectionem*; &c. Atque ita tempore

Digitized by Google

pore Alexandri, ſub conditione ſoluebatur per deportationem, ſi videlicet affectio vxoris mutaretur. Quouſque tandem fauore contracti matrimonij cõſtitutum eſt ab Imperat. Conſtantino, vt ſimpliciter, & abſolutè per deportationem matrimonium non cenſeatur ſolutum, in d.l. res vxoris. verſ. vlt. quam conſtitutionem nouiſſimè firmauit Iuſtinian. in Auth. de nuptijs. §. deportatio, collat. 4.

Attento tamen tempore, quo viguit Vlp. conditor noſtræ legis, ſed ſi mors, matrimoniũ per deportationem ſimpliciter ſoluebatur, vt oſtendunt ſuprapoſita fundamenta, licet vxor potuiſſet affectionem adhuc coniugalem ſeruare, ad effectum, vt bona tunc gratia matrimonium diſſolutum videretur, (vt ſtatim ex noſtro text. probabitur.) & marito reſtituto, iterum redintegrare, argumento text. elegantis, in l. cum duæ ſpecies, verſ. vlt. ff. de captiuis, & poſtlim. reuerſ.

37 Cum autem † Conſtantinus Imp. matrimonium per deportationem non ſolui conſtituerit, videbatur dicendum, omnia bona mariti, & conſequenter quæ inutiliter vxori donauerat, in fiſcum deuenire debere: quaſi ante mortem (qua ſola nunc confirmantur) in talem caſum donatio perueniſſet, à quo incipere, vel progredi non poterat: & conſequenter ceſſabat fundamentum noſtræ deciſionis in d. l. ſed ſi mors, verſ. proinde, quæ deportationem, vt mortem ciuilem reſpectu matrimonij, ad ſimilitudinem diuortij conſiderabat: vt ſupra in relegato conſiderauimus. Et propterea Conſtantinus exprimendum putauit (ne id, quod fauore matrimonij inducebat, verteretur in odium cõiugum, contra regulam l. quod fauore, C. de legibus) vt donationes ante factæ inter coniuges, non quidem deportatione ſecuta ſtatim ratæ habeantur, vt volebat Vlpianus in noſtra l. ſed ſi mors, verſ. proinde, (cum matrimonium adhuc ex noua conſtitutione extaret) ſed ſuſpenderentur, vſque ad mortem naturalem mariti donatoris, fiſco omninò excluſo. Quod totum probatur ex d. l. res vxoris, verſ. vlt. ibi: *Donationes à viro in vxorem collatæ adhuc in pendenti maneant: quia nec matrimonium huiuſmodi caſibus diſſoluitur; ita, vt ſi vſque ad vitæ tempus ſua maritus eas non reuocauerit, ex morte eius confirmentur: fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro.*

Vnde, quæ donatio attento tempore noſtri text. ſtatim valida erat, per deportationem coniugis donantis, niſi ante mortem naturalem reuocaretur, vt ſupra oſtendimus: nunc manet in ſuſpenſo poſt deportationem vſque ad mortem naturalem, cum matrimonium interim continuetur, d.l. res vxoris, verſ. vlt. pariſicatur tamen vtraque deciſio, quod neutro caſu fiſco locus eſt.

38 Cum autem † ſuſpenſio donationis inducta fuerit ad ſuſtinendum commodum coniugis donatarij, & in ipſius fauorem, cum antea ſoluto matrimonio idem conſequeretur: manifeſtè colligitur, quod ſi aptauerimus terminos, in quibus bona confiſcentur abſque vlla mortis ciuilis, aut naturalis ratione, & conſequenter citra matrimonij diſſolutionem, vt eueniebat in relegato, qui integri ſtatus manet, iuxta ſupradicta tunc, cum nullo vnquam tempore talis donatio confirmata fuerit per relegationem (vtpote illæſo matrimonio manente) in fiſcum deuentura eſt, ſi omnia relegati ex ſententia confiſcentur, vt ſupra ex noſtro textu comprobauimus. Nec d. l. res vxoris, verſ. vlt. C. de donat. inter virum & vxor. prouidit huic caſui, ſed tantum ei, in quo ſola noua ipſius conſtitutio nocebat, conſeruando matrimonium poſt deportationem; quod antea ſoluebatur ea ſecuta; & cuius diſſolutionis ratione mulieri donatariæ conſultum erat: vt videlicet nunc tantum conſequatur illæſo manente matrimonio, quantum antea eo ſoluto conſequebatur, quod non ita vigebat in relegato. Nec etiam diſſuadet illa ratio, quod videlicet, ſequeretur leuius delictum, & mitiorẽ pœnam (qualis eſt relegationis) plus damni afferre, quam grauius delictum, & aſperiorem pœnam, qualis eſt deportationis: quia reſpondetur, prædictam reſolutionem non prouenire ex grauitate, vel leuitate pœnæ, ſed ex ratione iuris, quæ in vno caſu viget, in altero verò non: non enim fauetur pœnæ mitiori: & ita per accidens, magis nocet mitior pęna, & leuius delictum.

39 Ex dictis † igitur colligitur attento tempore noſtri text. in l. ſed ſi mors, verſ. proinde, matrimonium ſolui per deportationẽ: & vxorem donatariam conſequi donationem ante factam, quaſi morte viri firmatam (cum facultate tamen reuocandi vſque ad mortem naturalem, vt ſupra tradidimus) dummodo matrimonium bona gratia ſolutum intelligatur, quia nimirũ vxor mãſit in eadẽ affectione cõiugali. Vnde ſi vxor donataria poſthabita affectione coniugali, poſt deportationẽ viri donatoris, ab illo omninò animũ auertat, iã tunc, quaſi mala gratia diuerteret, nihil ex donatione conſequetur, quod probatur, tũ ex æquiparatione, quã Vlp. facit in noſtro textu, inter caſum deportationis, & caſum diuortij; quod nõ niſi bona gratia confirmabat donationẽ; tum ex illis verbis, ibi: *Et nihil vitij mulier incurrit*; &c. vbi ad cõfirmationẽ præhabitæ cõiugalis donationis, vltra deportationem donatoris, requiritur, quod mulier nullum vitiũ incurrat:

quia quodlibet donatariæ vitium obeſt donationi,& reuocata præſumitur,quaſi matrimonio mala gratia ſoluto. Quod quidem erit in compendium fiſci, vt ſupra probauimus. Nec proderit remiſſio viri deportati, quia cum ſupponat ipſo iure reuocatam donationem, vt eleganter comprobat Vlp. in l. cum hic ſtatus, §. ait oratio, ff. de donat. inter virum,& vxor. noua voluntas ſuperueniens, ex qua tantum poterat reconualeſcere, iuxta d. §. ait oratio, inutili tempore venit: cum eo ipſo, quo reuocata cenſetur, ius fiſco præquiſitum ſit: cui, cum omnia bona deportati tempore condemnationis inuenta addicantur, vt ſupra oſtendimus, hoc auferri non debet, argumento tex. elegantis, in l. Stichus ſeruus, ff. de manumiſſ. teſtam. & quæ per illum notant Scribentes, in l. filiusfamil. §. diui, il. 2. ff. de legatis 1. vbi Bart. n. 14. Molina, de primogen. Hiſp. lib. 1. ca. 12. n. 95.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & conciliatione l. is qui, 15. verſ. vnde, & ſi duo, ff. de legatis praſt. cum l. ſi duo, 16. ff. eod. tit, à nn. 1. per tot. & precipuè à num. 20.

Refertur, ac reprobatur gloſſe conciliatio. nu. 2.

Committere edictum, quid ſit. nu. 3.

Bonorum poſſeſſionem contra tabulas poterat quis aliquando per alium commiſſo edicto petere. nu. 4.

Filius inſtitutus non poterat ex ſe edictum committere: altero tamen edictum committente, habebat & ipſe bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas. n. 5.

Quid compendij reſultet filio inſtituto, ſi per alium eidem committatur edictum nu. 6.

Filius inſtitutus adiens ex iudicio defuncti, non poteſt amplius iuuari ex edicto per alium commiſſo ad maiorem portionem nanciſcendam. n. 7.

Filius exhæredatus nec poteſt ipſe committere edictum: nec per alium commiſſo vti. nu. 8.

Obiter emendatur litera l. filium, 20. verſ. ſed quemadmodum, ibi: Exhæredatum effectum, *ff. de bon. poſſ. contra tab. ibidem.*

Ad effectum, vt ex alterius perſona alteri aperiatur edictum, ſufficit quod poſſit committi. n. 9 ſi tamen ille, qui committit edictum, actualiter non petat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non proficit inanis apertura edicti; defenditur contra Alexandrum, ibidem.

Filio præterito teſtamentum annullante, fratri inſtituto nullatenus aperitur edictum contra tabulas, quod defenditur aduerſus multos. n. 10.

Filio præterito abſtinente, fratri inſtituto apertum manet edictum, ſed ſine effectu. nu. 11.

Effectus reſultantes ex commiſſo edicto, ſiue per ſe, ſiue per alium, adhuc hodie prodeſſe poſſũt. n. 12.

Bonorum poſſeſſio contra tabulas non reducit rem ad cauſam inteſtati: immo ſuſtinet teſtamentum, quod aliàs corruere poterat. nu. 13.

Explicatur obiter l. vnica, verſ. 1. ff. ſi tabulæ teſtam. nullæ extabunt, ibidem.

Bonorum poſſeſſio contra tabulas continet tantum remedium ſucceſſorium, ibidem.

Teſtamentum in quo ſuus eſt præteritus, niſi filius dicat nullum ſuſtinetur de iure Prætorio, ibidem.

Explicatur l. vt liberis, ibi: Reſciſo, *C. de collationibus. nu. 14.*

Explicatur l. filia dotem, 4. C. de collationibus, ibid.

Bonorum poſſeſſio contra tabulas defert portiones hæreditarias, ac ſi ab inteſtato ſuccederetur. ibid.

Teſtamentum ita ſuſtinetur per contra tabulas, ſicut per abſtenſionem filij præteriti n. 15. de quo vide omninò nu. 31.

Bonorum poſſeſſio contra tabulas quid comprobet, & quid reſcindat. ibidem.

Bonorum poſſeſſio ſecundum, & contra tabulas, poteſt ſimul concurrere in eodem teſtamento; quod defenditur contra plures. nu. 16.

Explicatur l. ſed cum patrono, ff. de bonorum poſſ. ib.

Explicatur l. 2. C. de bonorum poſſ. contra tabul. ib.

Per bonorum poſſeſſionem contra tabulas pateraas, non euertitur ſubſtitutio pupillaris. n. 17.

In ſpecie noſtrarum l. is qui, & l. ſi duo. ff. de leg. praſt. vterq; filius ex teſtamento ſuccedit, n. 18.

Explicatur d. l. ſi duo, ibi: Cum rem ab inteſtato habeat, *nu. 19.*

Ratio, ob quam filius ſuus præteritus, contra tabulando non tenetur illi legata præſtare, ibidem.

Filius emancipatus, & ſuus, præteriti, petentes ſimul bonorum poſſeſſionem contra tabul. nulli legata præſtant. nu. 20.

Explicatur d. l. is qui, ibi: Quia effectu fratris aufert partem dimidiam, *ibidem.*

Aliquando quis pinguius ius habet ex perſona alterius, quam ex ſe, ibidem.

Quid ſignificet verbum (effectu) *in ablatino, ibidem.*

Si filius emancipatus inſtitutus, & ſuus, præteritus, ſimul contra tabulent; emancipatus exceptis perſonis legata præſtat. n. 21.

Explicatur d. l. is qui, verſ. quid ergo. nu. 22.

Explicatur d. l. is qui, §. ſed ſi vnus, & d. l. ſi duo, verſ. vlt. n. 23.

Explicatur l. ſi ſub conditione, 5. ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tabul. nu. 25.

Conciliatur d. l. is qui, §. ſed ſi ſcriptus. verſ. deſcripto: & l. filium. 5. §. vlt. ff. de legat. praſt. cum l. ſi ex duob. 14. ff. de bonorum poſſeſſ. contra tab. & d. l. ſi duo, verſ. vlt. ff. de legat. praſt. à nu. 26.

Refertur, & reprobatur conciliatio gloſſæ n. 27.

Refertur, & reprobatur altera conciliatio Cuiacij, ib.

Traditur noua conciliatio prima. nu. 28.

Traditur noua, ac mulier altera conciliatio. nu. 29.

Explicatur l. filio præterito, verſ. 1. ff. de iniuſto rupto. nu. 30.

Explicatur l. filio præterito, verſ. vlt. nu. 31.

Notabiliter limitatur d. l. is qui, in princip. nu. 32.

Suus

Suus præteritus contratabulans tenetur fideicommiſſa omnibus praſtare, ſi repetantur ab inteſtato, ibidem.

Suus prçteritus contratabulans tenetur praſtare fideicommiſſa, qua ab inteſtato tantum erant relicta. num. 33.

Explicatur l. ſi ſub conditione, 5. verſ. vlt. ff. de bon. poſſ. ſecund. tab. ibidem.

Explicatur l. 2. ff. de legatis 3. nu. 34.

Fideicommiſſum à filio præterito ſpecialiter relictum non valet, ibidem.

Fideicommiſſum generaliter ab inteſtato relictum, etiam a filio præterito debetur, ibidem.

Fideicommiſſum ab aliqua perſona, vel gradu nominatim relictum, ab alijs non debetur, ibidem. ad fin.

Explicatur l. Titia ff. de inoff. teſtam. nu. 35.

Fideicommiſſum ab inteſtato relictum indiſtinctè non debetur à filio exhæredato, qui in querela obſtinuit, ibidem.

Fideicommiſſum ab inteſtato generaliter relictum; ſi in teſtatore ceſſet omnimodus mentis defectus, à quibuſcumque legitimis hæredibus debebitur, ibidem ad finem.

CAPVT III.

Conciliatio ad Iul. Paulum in l. is qui in poteſtate, 15. verſ. vnde, etſi duo, cum Vlpiano. in l. ſi duo, 16. ff. de legatis præſtandis.

1 SCribit † I. c. Paulus, in d. verſ. vnde, & ſi duo. *Vnde, etſi duo præteriti ſunt, emancipatus, & is, qui in poteſtate eſt; quidam, nec emancipatum praſtare debere legata exiſtimãt; quia effectu fratris aufert partẽ dimidiam: cum, & ſi hic non peteret, ſuus ſolus rem habiturus eſſet. Quid ergo eſt, vbi præteritus ſit ſuus? verius eſt, quod dictum eſt,* &c.

Vbi I.c. Paul. decidit, quod filius emancipatus prçteritus, ſi ſimul alter ſit in poteſtate prçteritus, qui bonorũ poſſeſſ. contra tabulas petat; ſicut ſuus, nulli præſtat legata, ex ratione, quã in initio proponit: ita ille nulli præſtabit, quia ad vmbram fratris ſui præteriti, bonorũ poſſeſſ. contra tabulas habet cũ eod. priuil. Cũ tamen aliàs emancipatus, iure proprio impetrans, contra tabulas bonorum poſſeſſionem, legata præſtare teneretur exceptis perſonis, de quibus in l. 1. cum ll. ſeqq. ff. de legatis præſt.

Hanc tñ Pauli. deciſ. oppugnat Vlp. in l. ſi duo, ff. de legatis prçſt. vbi ita ſcribit: *Si duo proponãtur eſſe, vnus in poteſtate præteritus, alius emãcipatus inſtitutus; apparet commiſſum eſſe edictum per eum, qui in poteſtate eſt; & ſi ambo petiſſent contra tabulas bonorum poſſeſſ. is quidem, qui in poteſtate remanſit (cum rem ab inteſtato habeat) non praſtabit liberis, & parentibus legata. Emancipatus verò nunquid nec ipſe præſtat; quia ei rem aufert, qui praſtaturus non erat, ſi ſolus eſſet? Sed verius eſt, vel hunc ſaltem debere liberis, & parentibus praſtare legata;* &c.

Vbi Vlp. clarè dicit, quod emancipatus ad vmbram ſui præteriti, nullum pinguius priuil. ſortitur, quã ſi iure proprio contra tabulas bonorũ poſſeſs. pertuliſſet: & id qđ I.c. Paul. pro rõne decidendi attulerat, adducit hic Vlp. pro rõne tñ dubitãdi, vt patet ibi: *Quia ei rẽ aufert, q̃ pſtiturus nõ erat, ſi ſolus eſſet? ſed verius eſt,* &c.

2 Accurt. † verbo, exiſtimant, in d. l. is qui in poteſtate, ff. de legatis præſt. innuit I. c. Paul. ibidem, dumtaxat referre, non tamen probare ſententiam I.c. qui exiſtimabãt emancipatum ad vmbram ſui, non teneri legata cõiunctis præſtare; & eoſdem aperte reprobari in noſtra l. ſi duo. Verum hæc conciliatio pernicioſa eſt; tum, quia, quando reprobatio I. c. non fit in eodemmet textu, ſed in diuerſo, eſt in effectu fateri antinomiam in corpore iuris, contra fidem Cæſaris in l. 2. verſ. contrarium autem aliquid, C. de veteri iure enucleando, tum maximè, quia I.c. in d. l. is qui in poteſtate, eorũ ſequitur opinionẽ, quos refert; idq; in confirmationem regulæ, quam initio propoſuerat, quæ vera eſt: & propterea Bart. prædictã gloſ. ſentẽtiã expellit, nec ipſe tñ, aut alij, (quos viderim) quid q̃ boni, aut mali afferũt.

3 Vnde pro † conciliatione Iuris conſultiſſimorum Pauli, & Vlpiani, aduerte primò; committere edictum in hac materia, nihil aliud eſſe, quam aperire edictum Prætorium, quoad effectum concedendæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas, vt patet ex l. non putauit, 8. §. in adoptionem, l. ſi poſt mortem, 16. §. exhæredati, ff. de bonorum poſſeſs. contra tabul. notat gloſ. verbo, committat, in l. 3. §. ſi quis ex liberis, ff. eodem titulo, & ita ab omnibus communiter recipitur.

4 Bonorum autem † poſſeſs. contra tabulas aliquando quis poterat commiſſo à ſe edicto petere, vt in proximè relatis iuribus: aliquãdo vero commiſſo per alterum edicto, quando videlicet ex ſua perſona non aperiebat edictũ, vt patet in d. l. 3. §. ſi quis ex liberis, d. l. non putauit, §. in adoptionem, d. l. ſi poſt mortem, §. 1. & §. exhæredati, l. ſi in adoptionem, 11. ff. de bonorum poſſeſs. contra tabul. l. ab exhæredati, 126. verſ. ſed ſi committente, ff. de legatis primo, l. vlt. §. vlt. ff. de legatis 3. l. 1. §. 1. ff. de coniungendis cum emancip.

V 3 Inſti-

Digitized by Google

5 **Inſtitutus filius † nunquam proprio iure po**terat aperire edictum bonorum poſſeſſionis contra tabulas, l. non putauit, §. vlt. ff. de bon. poſſeſs. contra tabul. & paſſim; poterat tamē alio edictum committente contra tabulare, d. l. non putauit, §. vlt. cum ſupra citatis; ſiue inſtitutus fuiſſet ſuus, & edictum aperiret emā cipatus præteritus, d. l. non putauit, §. vlt. ſiue emancipatus inſtitutus eſſet, & ſuus præteritus, noſtra l. ſi duo, ff. de legatis præſtand. & ſupra citatis iuribus.

6 Ex eo † autem quod inſtituto competeret bonorum poſſeſſio contra tabulas, alio edictum committente, lucrum non modicum inſtituto deferebatur, vt exprimit l. c. in d. l. non putauit, §. vlt. ibi: *Non pro ea parte, qua ſcriptus eſt hæres, tuendus eſt commiſſo edicto, ſed amplius per bonorum poſſeſſionem habere poteſt. Prætoris enim propoſitum eſt, cum contra tabulas bonorum poſſeſſionem dat, eas partes vnicuique liberorum tribuere, quas inteſtato patre mortuo in hæreditate habiturus eſſet, ſi in poteſtate manſiſſet*; & l. filium, 20. §. videamus, verſ. & hoc ſit conſequens, ff. de bon. poſs. contra tabul. cum ſimilibus, quæ congerit gloſ. verbo, ſed amplius, in d. l. non putauit, §. vlt.

7 Declaro † tamen, quod ſi inſtitutus filius adit non vtendo priuilegio aperti edicti, alio, poſtea actualiter committente, nihil plus conſequitur, ſed ſolum conſeruatur in parte agnita ex iudicio defuncti, l. ſi ex duobus, verſ. ſed illud obſeruandum, ff. de bon. poſs. contra tabul. l. filium, §. ad eum modum, ad finem, ff. de legatis præſtand. notat gloſ. verb. ſed amplius, in d. l. non putauit. §. vlt. Alex. nu. 4. & Doctores in l. 2. C. de bonorum poſs. contra tabul. Atque ita iſte adiens ex iudicio defuncti, non poteſt plus compendij ſentire alio edictū committente: damni autem poteſt, vt oſtendit l. c. in d. §. ad eum, d. verſ. ſed illud, cum ſimilibus. De quo tamen vide, quæ infra, quoad effectum præſtandorum legatorum.

8 Exhæredatus † autem nunquam bonorum poſſeſſionem contra tabulas obtinuit, ſiue ex ſe, ſiue alio edictum committente, vt in primo caſu oſtendit text. in d. l. non putauit, in ſecundo elegans text. in d. l. filium, 20. verſ. ſed quemadmodum, ff. de bon. poſs. contra tabul. vbi tantum querelam inofficioſi concedit. Et hunc verſ. quemadmodum, ibi: *Et hæreditatis effectum*, obiter emenda *effectu* vt benè notat, & explicat Cuiac. lib. 3. Obſeru. cap. 15.

9 Edictum † autem, vt ex alterius perſona dicatur commiſſum, ad effectum, vt alij bonorum poſſeſſio contra tabulas competat, non requiritur, vt ille, qui iure proprio committere poteſt, actualiter committat: immò, & ſi nolit, & abſtineat: Vlp. in l. ſi poſt mortem, §. vlt. ff. de bon. poſs. contra tabul. & in l. nonnunquam, ff. de legatis præſt. ex plurimis, quos refert, ita tenet Alex. nu. 5. (vbi obiectis reſpondet) in l. 2. C. de bonorum poſſeſs. cōtra tabul. Quando autem inſtitutus bonorum poſſeſſione contra tabulas vtitur, alio edictum effectualiter non committente: talis bonorum poſſeſſio in effectu eſt ſecundum tabulas, quæ eidem inſtituto ex ſe competebat: & ideo nihil amplius per illam conſequitur, quam habiturus eſſet, per ſecundum tabulas proprio iure competentem. eleganter oſtendit ſeipſum explicans Vlp. in d. l. nonnunquam, conſentit noſtra l. is qui in poteſtate, §. ſed ſi vnus, verſ. ſed ſi ſolus, ff. de legatis præſt. quidquid ſine fundamento contradicat Alex. d. nu. 5. ante finem.

10 **Vnde † ſi filius præteritus non contratabulet, non aperitur edictum filio inſtituto ad effe**ctum, vt plus conſequatur, quam conſequeretur per ſecundum tabulas, vt proximè probauimus; & nullatenus omninò competet, ſi filius præteritus in poteſtate, dicat nullum teſtamentum; ita Angel. in l. ventre, ff. de acquir. hæred. quem refert, & immeritò damnat Alex. in d. l. 2. nu. 6. C. de bon. poſſeſs. contra tab. & Imola, in d. l. ventre, & alij; pro quibus neutiquam facit text. in d. l. ſi poſt mortem, §. vlt. ff. de bon. poſs. contra tab. quia loquitur, quando præteritus omninò tacet, nec teſtamentum annullat; & inſuper talis tunc competens bonorum poſſeſſio, non operabatur diuerſum effectum à ſecundum tabulas, vt oſtendimus. At nos loquimur, quando præteritus dicit nullum teſtamentum, quo caſu nec bonorum poſſeſſio ſecundum, nec contra tabulas locum habere poteſt, ac ſi nullæ tabulæ relictæ eſſent, vt comprobat l. vnica, verſ. ita autem, ff. ſi tabulæ teſtam. nullæ extab. §. ſunt autem, Inſt. de bonorum poſs.

11 Si tamen † præteritus in poteſtate filius approbet omninò teſtamentum, abſtinendo, iuxta l. filio præterito, ff. de iniuſto, rupto. ex perſona fratris abſtinentis competit fratri inſtituto bonorum poſſeſſio contra tabulas commiſſo edicto, vt mens Vlp. ſuadet in d. l. ſi poſt mortem, §. vlt. ſed non operabitur verum effectum bonorum poſſeſſionis contra tabulas, vt patet ex ſupradictis, & ita ceſſat varia Doctorum opinio, quos refert Alex. nu. 7. & alij, in d. l. 2. C. de bon. poſs. contra tabul. de quo inferius aliquid amplius tangemus.

12 Quæ omnia † adhuc hodie vtilia ſunt, cum emancipatus præteritus ſolam habeat bonorum poſſeſſionem contra tabulas (vt verior ſententia tenet, de qua alibi, quidquid dicat Coſta, in §. & quid ſi tantum, 3. parte, nu. 231. cum præced.) & inſimul ſuus præteritus, po-

teſt

Digitized by Google

teſt nunc vti bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſi nolit rem ad inteſtati cauſam deuocare.

13 Aduerte † ſecundo principaliter, bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſiue ab emancipato, ſiue à ſuo impetratam, non reducere rem ad cauſam inteſtati, vt multis comprobat ſubtilis Luſitanus Coſta, in §. & quid ſi tantum, 3. parte, nu. 120. cum ſeqq. nam filius in poteſtate præteritus, quando non vult dicere teſtamentum nullum, vt alias poterat, noſtra l. is qui in poteſtate, ff. de legatis præſt. cum alijs, petit bonorum poſſeſſionem contra tabulas; & ita teſtamentum ſuſtinet, reſcindit tamen iudicium in eo contentum, quod manifeſtè comprobat d. l. is qui in poteſtate, dum impetrata à filio in poteſtate præterito bonorum poſſeſſione contra tabulas, quærit I.c. an teneatur legata præſtare, quod eſſet alias abſurdum quæſitum, & abſurdius dubitatum. Et clariſſime id demonſtrat Vlp. in l. vnica, verſ. 1. ff. ſi tabulæ teſt. nullæ extab. dū inquit: *Ita autem ab inteſtato poteſt competere bonorum poſſeſſio, ſi neque ſecundum tabulas, neque contra tabulas bonorum poſſeſſio agnita ſit*; &c. vbi agnita bonorum poſſeſſione contra tabulas, confirmatum eſt teſtamentum, & omninò interclusa inteſtati cauſa, & denique text. in l. quia autem, 6. §. hoc edictum, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſt. quam ſententiam tenet Bart. in l. 2. vbi etiam Faber, C. de bon. poſſeſ. contra tab. Bartolum ſequitur, & explicat Vigl. in princip. à num. 3. Inſtit. de exhæred. liber. & plures, quos refert & ſequitur Coſta, vbi ſupra, num. 124. licet contrarium tenuerint gloſ. in princip. Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. Bald. in l. vlt. col. vlt. C. vnde legitimi. Dec. in l. 4. nu. 3. & in l. vt liberis, num. 12. C. de collat. & plures, quos refert Coſta, d. nu. 124. nec enim bonorum poſſeſſio contra tabulas, eſt remedium reſciſſorium teſtamēti, (quidquid dicat Paulus Caſtr. in d. l. 2. vbi Curtius, & ferè reliqui.) ſed potius ſucceſſorium, vt probat Imp. in §. ſunt autem, Inſt. de bonorum poſſeſſ. & ita ſuus præteritus, qui petit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, cauſam teſtati probat, & conſequenter teſtamentum alias nullum, ita, vt de iure Prætorio cenſeatur tunc ſubſiſtere, vt explicat Vigl. vbi ſupra, num 3. nam teſtamentum, in quo filius in poteſtate eſt præteritus, non eſt nullum de iure Prætorio, niſi filius dicat, vt ex Theophilo comprobat Vigl. in §. non tamen, num. 2. quibus modis teſtam. infirm. & ante eum gloſ. & antiquiores, in varijs locis, quæ cumulat Alex. à nu. 11. in d. l. 2. C. de bon. poſſ. contra tabul.

14 Nec † obſtat l. vt liberis, C. de collationibus, ibi: (*Reſciſo*) quia debet intelligi de iudicio teſtatoris, non verò de tabulis, vt notat Fulgoſ. in l. filio, §. contra tabulas, in fine, ff. de inoff. teſtam. Coſta Luſitanus, in cap. ſi pater, 3. parte, verbo, cenſendum, num. 17. verſ. æquiſſimum, in fine, idem Coſta, in §. & quid ſi tantum, 3. parte, nu. 124. nam tabulæ, & teſtamenti cauſa adhuc extat, ſed iudicium poſt ponitur; cum contra illud præteritus admittatur, & diſpoſitiones eneruet, ac ſi ab inteſtato ſuccederet: is enim eſt effectus bonorum poſſeſſionis contra tabulas; vt per illam res ex teſtamento ita habeatur, ac ſi ab inteſtato poſſideretur, vt oſtendit l. non putauit, §. vlt. ff. de bon. poſſ. contra tabul. noſtra l. is qui in poteſtate, in principio. Propterea autem conſiderauit Imperat. in d. l. vt liberis, ſucceſſionem quaſi ab inteſtato eſſe, nempè ad effectum collationis inducendæ; quæ olim non niſi ab inteſtato de iure locum habebat, l. 1. C. de collationibus, vbi gloſ. verbo, non oportere, & communiter Doctores. Succeſſio autem per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, hæreditatem defert pro ijs portionibus, quæ ab inteſtato competunt; d. l. non putauit, §. vlt. notat Coſta, in d. §. & quid ſi tantum, 3. parte, nu. 125. & ideo in ea locum habet collatio, quaſi ab inteſtato, & id eleganter mihi probat text. in l. filiæ dotem, 4. C. eod. tit. de collation. ibi: *Si vel ab inteſtato ſuccedant, vel contra tabulas petant*; &c. vbi manifeſtè oſtenditur, per bonorum poſſeſſionem non ſuccedi ab inteſtato, licet hæreditas ita tunc diuidatur, deferatur, ac conſtituatur, ac ſi ab inteſtato poſſideretur, ad effectum, vt collationi aditus pateſiat, vt diximus; & ita manet rectius explicata d. l. vt liberis, quam per Coſtam, in d. §. & quid ſi tantum, 3. parte, nu. 130.

Nec etiam obſtat noſtra l. ſi duo, ff. de legatis præſt. ibi: *Cum rem ab inteſtato habeat*, &c. cui inferius in aptiori loco ſatisfacies.

15 Ex quibus † colliges, per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, comprobari teſtati viam: indeque obiter ampliabis deciſionem l. filio præterito, ff. de iniuſto, rupto. vt non ſolum teſtamentum præteritione filij in poteſtate, iniuſtum ſuſtineatur eo abſtinente, ſed etiam contratabulante, vt ibidem tradit Bart. & infra latius probabimus. Nec tunc datur actus repugnans in ſe, vt videlicet comprobet, & reſcindat ſimul, vt aliàs conſiderabat Alex. nu. 10. in princp. vbi poſteriores ſequuntur, in l. 2. C. de bonor. poſſ. contra tab. & Dec. in d. l. vt liberis, nu. 21. C. de collat. & Ioann. Imola, in l. ſi filius, nu. 15. ff. de liber. & poſth. nam contratabulatio non reſcindit teſtamentum, ſed iudicium defuncti, vt ſupra oſtendimus: & ita non operatur contrarietatem in eadem re, nec cum eodem reſpectu.

Colliges

16 Colliges etiam obiter, bonorum † poſſeſſionem ſecundum, & contra tabulas, poſſe cõcurrere in eodem teſtamento, reſpectu diuerſorum. in primis, quia vtraque eſt ex teſtamento, text. in l. vnica, verſ. 1. ff. ſi tabulæ teſtam. nulla extab. §. ſunt autem, Inſt. de bonorum poſſeſſ. & in ſpecie id comprobat I.c. Paul. in l. ſed cum patrono, 6. ff. de bonorum poſſ. ibi: *Sed cum patrono quidem contra tabulas certæ partis bonorum poſſeſſionem Prætor pollicetur, ſcripto autem hæredi ſecundum tabulas;* &c. Idem ſupponit Vlp. in noſtra l. ſi duo, verſ. vlt. ff. de legatis præſt. quando nempè filius emancipatus inſtitutus, vult agnoſcere paternum iudicium, altero in poteſtate præterito contratabulante, vt ibidem ex Azonis ſententia tradit gloſ. verbo, non acceperit.

Nec obſtat l. 2. C. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. ibi: *Et ſi contra tabulas bonorum poſſeſſio infantis nomine à tutore petita eſt; ſecundum tabulas bonorum poſſeſſio locum habere non poteſt.* Etenim reſpondetur, procedere, quando bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas competitura eſſet omninò extraneo inſtituto, vt cum gloſ. ibidem, verbo ſecundum tabulas, notãt omnes. Et ratio eſt manifeſta: quia cum filius petens bonorum poſſeſſionem contra tabulas, totam hæreditatem ab extraneo inſtituto auocet, l. filium, 20. ff. de bon. poſſ. contra tabul. inutile, & perperam eſſe putauit prætor extrano inſtituto dare ſecundum tabulas, cum ſine re, & effectu futura eſſet, ſi quidem omne ab illo euincendum erat: præſertim, ſi extraneo petente iam decreta fuerit bonorum poſſeſſio contra tabulas, vt innuit d. l. 2. à contrario innuens, quod ſi bonorũ poſſeſſio ſecundum tabulas peteretur ab eo, qui aliàs rem in quocunque euentu retinere debuerat, ceſſaret diſpoſitio d. l. 2. vt euenit in terminis noſtræ l. ſi duo, verſ. vlt. & d. l. ſed cum patrono, vbi patronus ab inſtituto extraneo non totam hæreditatem, ſed certam tantum portionem per contra tabulas poteſt auocare, & ita manet oſtenſum, bonorum poſſeſſionem ſecundum, & contra tabulas poſſe concurrere in eodem teſtamento, quidquid dicat gloſ. verbo, ſecundum tabulas, in d. l. 2. vbi Alex. Faber, & reliqui, qui infeliciter reſpondent ad d. l. ſed cum patrono, procedere ſpecialiter: nam iſta ſpecialium refugia ſunt nimis ſuſpecta, & ſine iuris ratione non recipienda.

17 Colliges præterea † obiter rationem, ob quam pupillaris ſubſtitutio ſuſtineatur ex eo teſtamento, contra quod bonorum poſſeſſio data eſt, vt apertè tradit l. filium, 5. ff. de legatis præſt. l. ex duobus, 34. §. vlt. cum l. ſeq. ff. de vulgari, Coſta in §. & quid ſi tantum, 3. parte, à nu. 145. cum alioquin rupto facto teſtamento, pupillaris ſubſtitutio collabatur, l. 2. verſ. nam ſi principale, ff. de vulgari, §. liberis, Inſt. de pupillari; & vtrobique notant omnes, vt videlicet, propterea id procedat, quia bonorum poſſeſſio contra tabulas non eſt reſciſſoria teſtamenti.

18 Colliges † denique, quod in noſtra l. is qui in poteſtate, & l. ſi duo, quando commiſſo edicto, tam qui committit, quam frater inſtitutus ſuccedit, non dicitur vnus ex teſtamento, alter ab inteſtato ſuccedere, ſed potius vterque ex teſtamento, vt patet ex dictis, quidquid Doctores variauerint, vt videre eſt per latè tradita ab Alex. ad fin. & alijs, in d. l. 2. C. de bonorum poſſ. contra tabul.

19 Nec obſtat † noſtra l. ſi duo. ibi: *Cum rem ab inteſtato habeat,* &c. vbi videtur oſtendere, filium in poteſtate præteritum contratabulantem hæreditatem paternam ab inteſtato obtinere. Reſpondetur enim, quod ſi hoc procederet ex natura bonorum poſſeſſionis contra tabulas, etiam frater emancipatus, qui commiſſo per fratrem edicto contratabulabat, ab inteſtato rem haberet, quod tamen text. ibidem denegat; vnde Vlp. tantum vult, quod bonorum poſſeſſio contra tabulas ſit ex teſtamento, & conſequenter legata ſint exceptis perſonis præſtanda; id tamen non militat in ſuo præterito contratabulante, cum alioquin rem habeat ab inteſtato, ſi velit: & ita relata verba non reſpiciunt ſucceſſionem, quam filius præteritus habet per contratabulas; ſed quam poteſt habere dicendo nullum teſtamẽtum, vt in ijsdem terminis euidenter oſtendit I.c. Paul. in noſtra l. is qui in poteſtate, in princip. vel (aliter interpretando) propterea ſuus præteritus contratabulans legata etiam coniunctis perſonis non præſtat; quia eo tempore, quo hęreditatẽ ex teſtamento petit per contratabulas, iam operante lege eam ab inteſtato habet, quoad hunc effectum, non proinde tamen per bonorum poſſeſſionem contratabulas dicit, rem ad inteſtati cauſam deuocari; quinimmò apertè ſentit ex teſtamento tũc ſuccedi: alioquin non dubitaret, an legata pręſtanda eſſent, & ita explicari debet l. filium, 20. §. legata, ff. de bon. poſſ. contra tabul. notat aliàs Coſta, in §. & quid ſi tantum, 3. parte, num. 129.

20 Aduerte † tandem principaliter, quoad effectum tituli de legatis præſtandis, faciendam eſſe differentiam inter caſum, quo filius emãcipatus præteritus eſt, ſimul cum filio in poteſtate: & inter caſum, quo filius emancipatus inſtitutus eſt, filio in poteſtate præterito; licet vtrobique emancipatus admittatur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi videlicet ſuus contratabulet.

Ratio

Digitized by Google

Ratio differentiæ eſt: quia in primo caſu, quando vterque filius eſt præteritus, & is qui in poteſtate eſt, non vult dicere teſtamentum nullum, ſed hæreditatem petit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas (quo caſu ſuſtinetur teſtamentum de iure prætorio) totam hæreditatem ſibi auocabat, ſicut & ab inteſtato eandem nanciſceretur, vtpote, ſolus ſuus hęres, & notus de iure ciuili, argumento text. in l. in ſuis, ff. de liber. & poſth. iuncta l. in ſuis, ff. de ſuis, & legitim. & conſequenter ſtatutum totam exonerabat ab oneribus teſtamẽtarijs, ex ratione, quam aſſignat text. noſter, in l. is qui in poteſtate, in princip. & emancipatus, vt potè extraneus, & de iure ciuili ignotus, §. ceteri, Inſt. de hæred. qualit. nec ipſo iure, nec ex voluntate patris vtpote præteritus, hæreditatem, aut illius aliquotam partem acquirebat; nec etiam de iure Prætorio, antequam peteret innuit Imperat. in §. emancipati, ad fin. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. vnde, quando poſtea ad portionem debitam auxilio Prætorio admittitur ad hæreditatem, quodãmodo illam aufert à fratre, qui vtpotè ſuus hæres, totam ſibi antea quæſiuerat; & ita aufert iam nudatam omni onere teſtamentario, argumento text. in l. filium, 5. verſ. quæritur, ff. de legatis præſtand. ibi: *Et ſi quidem ab impubere relicta ſunt, ſolis liberis, parentibuſque præſtanda ſunt; ſin verò à ſubſtituto impuberis, omnibus eum præſtare oportet*; &c. vbi ex perſona alterius pinguius quis aliquando ius habet, quam à ſe, & ita nihil mirum, quod emancipatus præteritus ex perſona fratris, à quo portionem hæreditatis auocat tanquam propriã ipſius effectam, nullum onus ſuſtineat, & ita nec exceptis perſonis legata præſtare teneatur; & in his terminis procedit noſtra l. is qui in poteſtate, quod ſatis innuunt illa verba: *Quia effectu fratris aufert partem dimidiam*; &c. hoc eſt, cum frater in poteſtate præteritus, vtpotè ſolus ſuus hæres, totam hæreditatem paternam quærat; quando poſtea emancipatus frater præteritus admittitur ad portionem, tunc effectu, id eſt, re ipſa (vt alias eleganter notat Cuiac. lib. 3. Obſeru. cap. 15.) non patris iam, ſed quaſi fratris effectam aufert partem dimidiam, & ita explicitam, & liberam omni onere. Quam interpretationem mire ſuadet Vlp. in noſtra l. ſi duo, ibi: *Quia ei rem auferret, qui præſtiturus non erat, ſi ſolus eſſet*; &c. vbi oſtendit ſuum præteritum totam ſibi quærere hæreditatem, quæ in ipſius perſona immunis eſt ab oneribus; & ab hoc emancipatus aufert ſuam partem.

Vel etiam in hoc primo caſu illa aſſignari ratio poteſt, quod filio in poteſtate præterito teſtamentum nullum erat. l. inter cetera, ff. de liberis, & poſth. cum ſimilibus: & ita tam ſuus, quam emancipatus præteritus, ſolam ab inteſtato ſucceſſionem in viriles portiones acquirere poterant. l. vlt. ff. de liber. & poſth. l. vnica, verſ. ſi emancipatus, ff. ſi tabulæ teſtam. nullæ extab. l. 3. cum leg. ſeqq. ff. Vnde liberi, quo caſu legata omnia, & indiſtinctè corruebant. l. nemo, ff. de teſtament. tut. l. eam, quam. C. de fideicommiſſ. Vnde poſtea fratre in poteſtate præterito contratabulante, & hæreditatem ex teſtamento nanciſcente, non debet factum fratris obeſſe iuri quæſito fratri emancipato præterito, & ſecundum hunc ſenſum, etiam explicari poſſunt verba noſtræ l. is, qui in poteſtate, ibi: *Quia effectu fratris aufert partem dimidiam*; &c. id eſt, cum filius emancipatus præteritus cum ſuo, etiam præterito, hæreditatem iure proprio habiturus eſſet ab inteſtato: ſi facto fratris contratabulantis, ipſe quoque emancipatus contra tabulas bonorum poſſeſſionem petat, & ex teſtamento ſuccedat; iniquum eſt, vt maneat adſtrictus legatis præſtandis, quia non proprio facto, & voluntario, ſed effectu fratris talem ex teſtamento ſucceſſionem arripere coactus fuit; prior tamen interpretatio ſecurior mihi viſa eſt, licet hæc non contemnenda.

21 In ſecundo † verò caſu, quando filius emãcipatus inſtitutus eſt, cum fratre in poteſtate præterito, licet teſtamentum æquè nullum ſit, vt in præcedenti ſpecie: attamen ſuo approbante per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, emancipatus eandem bonorum poſſeſſionem contra tabulas commiſſo per fratrẽ edicto, non quidem coactus, ſed voluntarius ſuſcipit: cum ſi velit, poſſet vti iure ſuo, per bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, vt ſupra fieri poſſe comprobauimus; in qua præter eum conſeruare, ac tueri ſolet, vnde nihil mirum, quod teneatur legatis præſtandis perſonis coniunctis, & in his terminis procedit Vlp. in noſtra l. ſi duo, quæ alias pugnabat cum d. l. is qui in poteſtate.

Et ſi quis obijciat, quod etiam in hac ſpecie videtur militare eadem ratio, qua nititur, vt contrarium decidat d. l. is, qui, ibi: *Quia effectu fratris aufert partem*; &c. quam pro ratione dubitandi tantum adducit Vlp. in noſtra l. ſi duo, ibi: *Quia ei rem auferret*; &c. Reſpondeo, quod licet iuris ſeueritas idem hic ſuaderet; cum tamen titulus de legatis præſtandis ſumma æquitate fundetur, l. 1. ff. eodem tit. & iſte emancipatus ex iudicio defuncti vocatus fuerit, ac admitti potuerit: propterea verius eſſe putat Vlp. in noſtra l. ſi duo, vt tunc exceptis perſonis legata præſtet.

22 Nec † tandem huic concordiæ obſtabit d. l. is qui in poteſtate, ibi: *Quid ergò, vbi præ-*

teritus

teritus ſit ſuus? verius eſt, quod dictum eſt; &c. vbi I.c. Paul. videtur innuere, quod ſi ſolus ſit ſuus præteritus (& ita emancipato inſtituto) quod nec emancipatus legata exceptis perſonis præſtare tenetur. Reſpondetur enim, mentem I. c. vt ab initio apparet, fuiſſe eam, vt oſtenderet filium præteritum contratabulantem, non teneri legata præſtare; & in confirmationem huius concluſionis digreditur ad ſpeciem, in qua ſimul emancipatus, & ſuus erant præteriti, quo caſu exiſtimabant aliqui Iuris prudentes (quos refert & ſequitur) etiam emancipatum non teneri legata coniunctis perſonis præſtare; & ita concludit in verſ. quid ergo, verum eſſe, quod prædixerat in initio, videlicet ſuum præteritum contratabulantem nulli teneri legata præſtare: non tamen ibidē ſupponit, alterum fratrem emancipatum, inſtitutum concurrere; quod erat extra terminos primordialis quæſtionis.

23 Adhuc pro † perfecta interpretatione noſtræ l. is qui in poteſtate, & l. ſi duo, reſtat cōponere diuerſitatem deciſionum in d.l. is qui, verſ. ſed ſi vnus, & in d. l. ſi duo, verſ. ſed an & omnibus: nam in illo dicitur, filium emancipatum commiſſo per alterum edicto, teneri ſolum exceptis perſonis legata præſtare; at in verſ. ſed an & omnibus, dicitur, non ſolum exceptis, ſed etiam omnibus extraneis legatarijs præſtanda legata.

Verum ratio diuerſitatis eſt elegans, ac manifeſta; nam emancipatus, qui commiſſo per alterum edicto, vult vti eodem remedio bonorum poſſeſſionis contra tabulas, ſolum tenetur exceptis perſonis legata præſtare, quia noluit vti iudicio paterno, & ita procedit d. verſ. ſed ſi vnus. Si vero idem emancipatus filius inſtitutus nolit vti iure ſuperueniente ob commiſſum ab alio edictum: quinimmo velit frui voluntate tantum patris, & ita agnoſcere illius iudicium, non ſolum exceptis, ſed & omnibus extraneis tenetur legata præſtate: & tunc procedit d. verſ. ſed an & omnibus. ex ratione, quam ſubiungit, ibi: *tamen, quia plena fruitur voluntate, plenum etiam obſequium teſtatoris iudicio pro ſua parte debet*. Conſentit I.c. Africanus, in l. ſi ex duobus, 14. in princip. ff. de bonorum poſſ. contra tabul.

24 Quod dico † de emancipato inſtituto agnoſcente voluntatem defuncti quando per alium eidem aperitur edictum de contra tabulas, idem intelligo de ſuo inſtituto, qui voluntatē teſtatoris agnouit, licet eidem etiam committatur edictum per alterum præteritum, vt inquit d. l. ſi ex duobus, 14. verſ. quod ſi is, qui in poteſtate, ibi: *Tunc enim, quia iudicium patris comprobaſſe videtur: in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere*; &c. tradit Iacob. Cuiac. lib. 3. Obſeru. cap. 20.

25 Sed † ſuprapoſitæ reſolutioni obſtat primo l. ſi ſub conditione, 5. ff. de bonorum poſſeſ. ſecund. tabul. ibi: *Et accepta bonorum poſſeſſio ne ſecundum tabulas conditio defecerit*; &c. iunctis conſequentibus, ibi: *Sed & ſi is fuerit qui ab inteſtato bonorum poſſeſſor futurus eſſet, tuendum eſſe ſcripſit*; &c. vbi oſtendit, filium emācipatum inſtitutum ſub conditione, & agnito iudicio paterno per ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem acceptam, etiam deficiente conditione in eadem conſeruari. & poſtea quærens, quibus legata præſtare teneatur, ita ſubiungit: *Et ideo liberis, parentibusque legata relicta, ſolis præſtare cogetur, ceteris non*. &c. ergo agnitio iudicij paterni, non obligat agnoſcentem ad legata etiam non coniunctis præſtanda, contra ſupradicta.

Ceterum reſpondeo, quod licet à principio in terminis d. l. ſub conditione, filius emancipatus agnouiſset voluntatem paternam, ea tamen poſtea deficiente per defectum conditionis, retro eadem voluntas defeciſſe creditur, & ita emancipatus, iam non ſecundum, ſed contra voluntatem ſucceſſiſſe videtur, & conſequenter bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, in qua filius ibidem conſeruatur, re ipſa cōtra tabulas eſt: vnde non tenetur omnibus legata præſtare; ne tuitio Prætoria ei nocumēto foret, text. verò in d. verſ. ſed an & omnibus, procedit, quando ſemper, & omni tempore adfuit voluntas patris, illaque filius ſimpliciter vti voluit, & ita ſignificant verba, quibus I.c. ibi vtitur: *Plena fruitur voluntate*; tradit Accurt. ibidem. verb. plenum.

26 Deinde † acerrimè obſtat l. filium, 5. §. vlt. ff. de legatis præſt. vbi Vlp. ita ſcribit: *Is autem cui portio hæreditatis conſeruatur, vtrum omnibus, an tantum exceptis perſonis legata cogatur præſtare? & magis probatur, exceptis perſonis ſolis præſtanda*; &c. vbi, qui defenditur, & conſeruatur in portione hæreditatis delatæ ex iudicio defuncti, ſolum exceptis perſonis legata præſtat, non omnibus, contra id, quod idem Vlp. dicit in noſtra l. ſi duo, verſ. vlt. eſt etiam pro eadem parte I. c. Paul. in noſtra l. is, qui in poteſtate, §. ſed ſi ſcriptus, verſ. de ſcripto, vbi poſtquam dixit ſcriptum agnouiſſe iudicium defuncti, adeundo ipſius hæreditatem, ita ſubiungit: *de ſcripto autem quæritur? & complures putant certis perſonis, & eum præſtare debere*: *quod puto verius eſſe*; &c.

27 Accurtius † verbo certis perſonis, in d. § ſed ſi ſcriptus, variè, ſed diuinatiuè, aut falsò interpretatur, vt cuiquam patet: & nihil communiter affertur, quod dubitationem tollat. Nec etiam ſatisfacit Cuiac. lib. 3. Obſeru. cap. 20. vbi vnico verbo nixus eſt componere diſcordiam,

Digitized by Google

ſcoꝛdiam, vt videlicet d. l. ſi duo, verſ. vlt. ff. de legat. præſt. procedat, quando ſcriptus vtitur plena, hoc eſt, pingui voluntate defuncti. At d. §. ſed ſi ſcriptus. verſ. de ſcripto, quando portiō parua, & imminuta ſcripto obuenit: nam in primis, verbum, (*plena*), in d. l. ſi duo, verſ. vlt. non denotat pinguedinem portionis, ſed ſolennem, & honeſtum inſtitutionis titulum, vt in ſimili vtitur idem Vlp. in l. filium, 5. §. ſi legata, ad finem, ff. de legat. præſtand. Deinde, ſicut Vlp. in d. l. ſi duo, verſ. vlt. meminit partis hæreditariæ apud inſtitutum remanſuræ, ita etiam Iul. Paul. in d. §. ſed ſi ſcriptus, iunctis verſ. ſeqq. ergo vtrobique datur eadem voluntas, quomodocunque eam Cuiac. accipiat. Tādem text. in l. ſi ex duobus, 14. ff. de bonorum poſſeſs. contra tabul. nulla facta diſtinctione portionis, decidit, non niſi exceptis præſtare legata debere ſcriptum, qui iudicium defuncti agnouit.

28 In hac † iurium ſeditione, facilius eſt aliorū interpretamenta refellere, quā aliquod adducere: cum perſpectis hinc inde iuribus, eorum verbis a c mēte, aperta colligatur antinomia, quam inter ipſos fuiſſe facilè agnoſcerem. Verum cum in iuris corpus redacta ea mente ſint, quia inter ſe concinant, ſi quis ſubtili ingenio rimetur, vt inquit Iuſtin. Imperat. in l. 2. verſ. contrarium autem aliquod, C. de veteri iure enuel. pro viribus conabor illa cōcordare.

Et quod attinet ad d. l. filium, 5. §. vlt. ff. de legatis præſt. non eſt præſumendum, eundem Vlp. ibi ſibi contradicere in noſtra l. ſi duo, verſ. vlt. vnde primò ita conciliarem, vt videlicet in d. §. vlt. loquatur de cōſeruatione agniti iudicij, iuxta terminos l. ſi ſub conditione, 5. ff. de bon. poſs. ſecund. tabul. quam ſupra expoſuimus, quæ eiuſdem Vlp. eſt: nempè quando iudiciū teſtatoris (quod filius agnouit) fuit conditionale, & deficiente cōditione euanuit; vnde talis tuitio Prætoria, manet contra volūtatem defuncti, & conſequenter, potius cōtra, quam ſecundum tabulas; quo caſu ſolis perſonis coniunctis legata præſtare tenetur.

Quod verò attinet ad Iul. Paul. in l. is qui in poteſtate, §. ſed ſi ſcriptus, verſ. de ſcripto, ff. de leg. præſt. quæ apertius pugnare videtur, in primis reſpondeo, I. c. ibidem tantum in dubium reuocaſſe, an ſcriptus hæres iudicium defuncti agnoſcens, exceptis perſonis teneretur legata præſtare, ſicut ille, qui contratabulauerat; & reſpondet, certis & ipſum ſcriptum adeuntem legata præſtare debere. Et ſi vlterius quæreretur, an & omnibus? idem forſitan reſponderet, cum Vlp. in d. l. ſi duo, verſ. vlt. nec replicet quis ex ratione, quam ſupponit I. c. in d. verſ. de ſcripto, ibi; *Nam & Prætor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis eſt, qui contra tabulas petere potuerit*; &c. vbi videtur innuere, ſe in reſolutione præcedenti taxatiuè decidiſſe, legata coniunctis perſonis præſtanda fore: quia ſatisfit dicendo, præfatam rationem non eſſe ſimpliciter ſubiunctam, quoad effectum dumtaxat legatorum præſtandorum, ſed etiam quoad conſeruationem ſcripti hæredis in hæreditate agnita: vt videlicet, propterea ſcriptus conſeruetur in hæditate agnita; & ſimul legata certis perſonis præſtet, quia eſt ex liberis, qui poterant bonorum poſſeſſionem contra tabulas commiſſo per alium edicto, petere: & conſequenter hæreditatem retinere, & legata exceptis præſtare: alioquin enim totum ab illo auocandum foret, vt inquit I. c. in l. filium, 20. ff. de bon. poſs. contra tabul.

29 Hæc ſolutio, quæ † fuco non caret, propterea mihi diſplicet, (nec enim mea me decipiunt) quia reddit text. de indubitabili, cum controuerſam contineat quæſtionem, eamque decidat I. c. Paul. cum formidine partis oppoſitæ, vt patet ibi: *Quod puto verius eſſe*; &c.

Quapropter, tandem pro concordia d. verſiculo de ſcripto, & dicta lege filium, §. vltimo, ff. de leg. præſt. cum dicta lege, ſi duo, verſiculo vltimo, & cum dicta lege ſi ex duobus, 41. ff. de contra tabul. excogito faciendam eſſe differentiam inter caſum, quo ſcriptus filius hæres agnouit voluntatem teſtatoris adeundo hæreditatem, antequam alter filius præteritus edictum actualiter aperuiſſet, petendo bonorum poſſeſſionem contra tabulas; & inter caſum, quo ipſe ſcriptus agnouit iudicium patris, poſt petitam à præterito contra tabulas bonorum poſſeſſionem, & ita text. in d. §. ſed ſi ſcriptus, iuncto verſ. de ſcripto, loquatur de ſcripto præagnoſcente iudicium patris, vt innuit ibi: *Sed ſi ſcriptus adierit quidem hæreditatem, præteritus autem bonorum poſſeſſionem acceperit*; &c. vbi videtur poſterior contratabulatio. Similiter text. in d. l. filium, 5. §. vlt. dum in dubio meminit conſeruationis agniti iudicij, videtur innuere, bonorum poſſeſſionem contra tabulas poſteriorem eſſe, dum quodammodo totam hæreditatem euincebat, niſi ſcriptus, qui adiuerat; conſeruaretur. Per contrarium verò d. l. ſi duo, verſ. vlt. intelligatur de ſcripto, qui voluntatem patris ſequi maluit, quam eadem vti bonorum poſſeſſione contra tabulas, quæ à fratre præterito fuerat petita, vt oſtendit ibi: *Proinde ſi contra tabulas non acceperit*; &c. iunctis verbis præcedentibus; & ſimiliter etiam procedat d. l. ſi ex duobus.

Ratio aūt differentiæ eſt: quia quando ſcriptus adit, altero præterito interim nō petente bono-

Digitized by Google

bonorum poſſeſſionem contra tabulas, propterea agnitio ei non præiudicat: quia nõ tam agnoſcere iudicium videtur, quam non contratabulare; quia inutilis ei tunc eſſet bonorũ poſſeſſio contra tabulas, dum ille, qui edictum commiſit, actualiter non petat, vt oſtendimus in præmiſſis: & cum animo ſimpliciter agnoſcendi non credatur velle adire; poſtea præterito contratabulante, bonorum poſſeſſio ſecũdum tabulas ei conſeruatur in vim contratabulas: & conſequenter ſolis exceptis perſonis legata præſtare tenetur. At qui poſt à præterito impetratam bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſimpliciter agnoſcit iudicium defuncti, propterea tenetur omnibus legata præſtare: quia nullo colore excuſari poteſt, quod per alium commiſſo edicto vſus non fuerit; ſi exceptis tantum perſonis præſtare volebat.

30 Prædictis huc † vſque conſtitutis, oppono Papinianum in l. filio præterito, ff. de iniuſto rupto. ibi: *Filio præterito, qui fuit in poteſtate patris, neque libertates competunt, neque legata præſtantur: ſi præteritus a fratribus partem hæreditatis auocauit.* &c.

In quo celebri, & ſatis noto reſponſo aduerto in primis Papinianum ſupponere, petitam fuiſſe bonorum poſſeſſionem contra tabulas, in prima ſpecie text. iuxta terminos d. l. is qui in poteſtate, ff. de legatis præſt. alioquin ſi teſtamentum diceretur nullum, & ab inteſtato ſucceſſio deferretur, non diceret Pap. filium ſuum præteritum ab alijs partem hæreditatis auocare; quinimmò, ipſe cum reliquis ipſo iure ab inteſtato hæres fieret, nec dubitaret, an legata, vel libertates ſuſtinerentur; nec id neceſſarium eſſet exprimere, propter regulam l. nemo, ff. de teſtam. tutel. cum ſimilibus, ſupponit igitur, teſtamentum quidem ſuſtineri, licet iudicium paternum in eo contentum deſtruatur, vt ſupra in præmiſſis probauimus, innuit gloſ. ibidem, verbo, tuebitur, dum dicit concordare cum noſtra l. is qui in poteſtate, & l. ſi duo, ff. de legatis præſt.

Deinde aduerſo, Pap. ſupponere, inſtitutos fuiſſe fratres, vt patet ibi: *A fratribus partẽ hæreditatis auocauit*; &c. alioquin totum conſequi deberet præteritus per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, l. filium. 20. ff. de bon. poſs. contra tabul. quidquid perperam dicat gloſ. ibidem, verbo, fratribus, vbi putabat, ab extraneis inſtitutis per bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſolam partem hęreditatis fore auocandam.

Ex quibus conſtat, in d. l. filio præterito, dari duos, pluresue filios, qui quidem fuerunt inſtituti, vno in poteſtate præterito. Conſtat inſimul inſtitutos hæreditatem penes ſe habere, cum ab illis ſuus pręteritus partem euincat; ſiue igitur inſtituti adijſſent hæreditatem; ſiue commiſſo per fratrem edicto bonorum poſſeſſionem contra tabulas pertuliſſent, ſemper ſaltem exceptis perſonis, legata præſtare tenebantur, d. l. is qui in poteſtate, §. ſed ſi vnus, d. l. ſi duo, ff. de leg. præſt. l. ſi ex duobus, 14. ff. de bonor. poſs. contra tab. notat alias Cuiac. lib. 3. Obſeru. cap. 20. quod tamen denegare videtur Papin. in d. l. filio præterito.

Verum, ne in hac materia quidquam maneat contrarium, reſpondeo, Papin. in d. l. filio præterito, (ſi ſupponat, filios inſtitutos cõmiſſo per alterum præteritum edicto, hæreditatem paternam per bonorum poſſeſſionem accepiſſe contra tabulas) cum dicit, legata nõ eſſe præſtanda, intelligit, de legatis relictis perſonis extraneis, d. l. ſi duo, d. l. is qui in poteſtate, §. ſed ſi vnus, & propterea coniunxit libertates, & cetera legata: quia non agebat de legatis relictis extraneis perſonis; non tamen intelligit de legatis præſtandis exceptæ perſonæ, iuxta tit. de legatis præſt. vt ſupra latè explicauimus.

Si verò ſupponat filios inſtitutos agnouiſſe iudicium paternum, quo caſu, indiſtinctè omnibus legata præſtare tenentur, vt ſupra probauimus: tunc verba d. l. filio præterito, verificari debent dumtaxat reſpectu partis à filio præterito contratabulante auocandæ.

31 Ex † quibus apparet, per bonorum poſſeſſionem contra tabulas non euerti, immo ſuſtineri teſtamentum: licet iudicium in eo contentum euertatur. Nec obſtabit d. l. filio præterito, verſ. vlt. ibi: *Quod ſi bonis ſe patris abſtinuit, licet ſubtilitas iuris refragari videtur, attamẽ voluntas teſtatoris ex bono, & æquo tuebitur*; Quibus verbis videtur innuere Papin. quod ſi abſtinente filio præterito voluntas teſtatoris adhuc contra ſeueritatem iuris ſuſtinetur: eodem contratabulante neutiquam ſuſtineatur: quod quidem non diffitemur; ſed ex hoc non ſequitur, teſtamentum etiam de iure Prætorio per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas, corruere, quamuis voluntas teſtatoris in eo contenta pereat. Atque ita reſoluo in d. l. filio præterito, per bonorum poſſeſſionem contra tabulas æquè ſuſtineri teſtamentum (vt videlicet ſucceſsio ſit teſtamentaria) ac per abſtenſionem, ſolaque differentia erit, quod per illam voluntas teſtatoris non reuiuiſcit, quinimmo infringitur; per hanc verò ſuſtinetur ex bono, & æquo. Ratio autem (ſi id obiter quæras) ob quam abſtinẽte filio ęquitas tantum tuetur voluntatem defuncti, eſt: quia ſi attendamus ius ciuile, eo ipſo, quod filius in poteſtate erat præteritus, ſtatim inteſtatus pater decedere videbatur: & conſequenter legata, & ceteræ diſpoſitiones extinguebantur,

tur,

tur, licet filius obſtineret; quia abſtenſio veniebat poſt legis executionem, quæ in inſtanti operatur, l. apud Aufidium. in fine, ff. de optione legata. Si verò attendamus ius prætorium, eo ipſo, quod præteritus eſt is, qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere poteſt, ſtatim, reliquis inſtitutis liberis, eadem contra tabulas bonorum poſſeſſio competebat, commiſſo videlicet edicto, vt ſupra probauimus. Verum quia talis bonorum poſſeſſio contra tabulas ex æquitate Prætoria non prodeſt alijs, quando ei, qui edictum commiſit, & aperuit, non proficit, vt ſupra quoque oſtendimus, propterea in d. l. filio præterito, decidit Papinian. quod ex bono, & æquo voluntas teſtatoris plenariam conſequitur executionem; & ita prædicta verba non referuntur ad validitatem teſtamenti (quod de iure Prætorio non contradicente filio præterito ſuſtinetur, vt ſupra concludimus), ſed ad tuitionem diſpoſitionum, quas euertere intentabant reliqui liberi inſtitúti, qui commiſſo per præteritum abſtinentem edicto, bonorum poſſeſſionem contra tabulas deducere poterant.

32 Illud † hic pro coronide aduertimus, quod licet filius in poteſtate præteritus, petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, non teneatur etiam exceptis perſonis legata præſtare, noſtra lege is qui in poteſtate, in princip. ff. de legat. præſt. ſi tamen fideicommiſſum ab inteſtato generaliter repetatur; in hoc caſu ſiue ſit relictum coniunctis, ſiue extraneis perſonis indiſtinctè præſtare tenebitur, à ceſſante ratione d. l. is qui in poteſtate: nam propterea nulli legata præſtare tenebatur contratabulando, quia iure ſuo vtens, videlicet ab inteſtato ſuccedens, hæreditatem liberam inueniebat, cum legata diruto teſtamento corruiſſent, l. nemo, ff. de teſtam. tut. vnde ſi ab inteſtato repeterentur eædem diſpoſitiones; ceſſat ratio, ob quam per contra tabulas ex teſtamento non tenebatur, & ita notabiliter declarabitur d. l. is qui; in princip. nec obſtabit l. 2. ff. de legatis 3. vt inferius notamus.

33 Inſuper † dico (quod & elegantius eſt) ſi fideicommiſſum dumtaxat fuerit ab inteſtato generaliter relictum (ſi videlicet res ad cauſā inteſtati deueniret) & filius præteritus ſpreto iure dicendi nullum, vel rumpendi (ſi poſthumus fuerit, vel loco poſthumorum) petat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, iuxta l. is qui, ff. de legatis præſt. l. 2. (de bon. poſſ. contra tab. in hoc caſu indiſtinctè tenebitur fideicommiſſum præſtare: quia fraudatoria videtur talis bonorum poſſeſſio contra tab. & in necem fideicōmiſſari, & ita ex ęquitate tituli, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſt. conſeruatur onus ab inteſtato impoſitum, vt eleganter oſtendit Vlp. in l. ſi ſub conditione, 5. verſ. vlt. ff. de bon. poſſ. ſecund. tabul. ibi: *Plane ei, cui ab inteſtato fideicommiſſum relictum eſt, erit præſtandum, quaſi videatur hoc ipſo fraudatus, quod ex teſtamento petita ſit bon. poſſ.* Conſtat autem bonorum poſſ. contra tab. etiam ex teſtam. eſſe, l. vnica, §. 1. ff. ſi tabulæ teſt. nullæ extab. §. ſunt autem, Inſt. de bon. poſſ. & latè ſupra probauimus. Et ita illud venuſtum colligetur, quod edictum, ſi quis omiſſa cauſa teſt. etiam ordine conuerſo locū habere poteſt, data paritate rationis, videlicet, ſi per calliditatem quis omiſſa cauſa ab inteſtato ſuccedendi, teſtamentariam ſucceſſ. amplectatur, quod verificatur in prępoſitis terminis.

34 Nec obſtabit † ſupradictis duabus declarationibus I.c. Caius, in l. 2. ff. de legatis 3. vbi ſcribit: *Et filio præterito, licet ſuus hæres erit, fideicommiſſum relinqui non poteſt.* Vbi variè intelligūt gloſ. Bart. & reliqui, qui tandem concludunt, quod ſi filius in poteſtate ſit præteritus, & ab eo aliquid fideicommiſſi nomine relinquatur, ab inteſtato ſuccedens non tenetur fideicommiſſum præſtare; & conſequenter ſi ex teſtamento per contra tabul. uelit admitti, eodem iure vti poterit, vt arguit I.c. in noſtra l. is qui, ff. delegatis præſt. contra id quod ſuperius diximus.

Verum ſatisfac dicendo, aliud eſſe, fideicōmiſſum ab inteſtato imponere filio præterito, quo caſu non valet; aliud, generaliter, & indiſtinctè fideicommittere cuiuſcumque legitimi hæredis, ſeu bonorum poſſeſſoris, & tunc reperiatur ſuus præteritus; quo caſu fideicōmiſſum tenet; & præſtandum erit ab eodem ſuo legitimo, vt exiſtimabant aliqui, quos refert, & perperam damnat gloſ. & Doctores in d. l. 2.

Nam primo caſu propterea non valet fideicommiſſum nominatim impoſitum filio ſuo præterito, quia iniuſtum videbatur, vt mentio oneris grauaret, quem præteritio honoris excludebat. Et in his terminis procedit d. l. 2. vbi I.c. ſpecialiter ſe reſtrinxit ad fideicommiſſum relictum ab ipſo filio præterito. Ex qua venit amplianda deciſio d. l. is qui, in princip. vt videlicet filius in poteſtate præteritus contra tabulans, non teneatur præſtare fideicommiſſum ab inteſtato repetitum, ſi ſpecialiter ab ipſo præterito relinquatur.

At quando fideicommiſſum ab inteſtato relinquitur, propterea valet etiam exiſtente eodem filio ſuo præterito: tum, quia expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, vt in ſimili ait text. in l. ſi quis Sempronium, ff. de hæred. inſtit. etenim, in dicta expreſſione grauati erat vitium, vt quem in honore præteris, eiuſdem recorderis in damno; tum etiam, quia qui generaliter ab inteſtato fideicommittit, licet filium in teſtamento prætereat, non

proinde tamen neceſſariò cogitat, ſe à filio præterito fideicommiſſum relinquere: cum dabile, & cogitabile ſit, vt propterea ita generaliter fideicommittat ab inteſtato; vt à quocunque legitimo hærede, vel bonorum poſſeſſore (qui tunc extiterit, ſiue ſit ſuus præteritus, ſiue eo mortuo quiuis alius) fideicommiſſum omninò debeatur: ne alias ab vna perſona, vel gradu ſpecialiter relinquendo corruat, vt inquit l. 1. §. vlt. vbi latiſſimè gloſ. verbo, non debere, Bart. & reliqui, ff. de legatis 3. Et ita in his terminis ceſſat d. l. 2. & locum habent noſtræ ſuprapoſitæ declarationes.

35 Nec huic † interpretationi obſtabunt l. Titia, ad fin. ff. de inoff. teſtam. & l. patronus liberto, §. vlt. ff. de legatis 3. cum multis ſimilibus ibidem à gloſ. & Doctoribus congeſtis: quæ aſſerunt, fideicommiſſa etiam generaliter ab inteſtato repetita, vel relicta, non deberi à filio exhæredato, qui perlata querela obtinuit, rem trahens ad inteſtati cauſam.

Enim verò reſpondetur, ſpeciali quadam ratione procedere in filio exhæredato, quam ibidem I. c. exprimunt, vt patet in d. l. Titia; ibi: *Nec fideicommiſſa ab inteſtato data deberi, quaſi à demente.* Et in d. §. vlt. ibi: *Quia crederetur, quaſi furioſus teſtamentum facere non potuiſſe: ideoque nec aliud quid pertinens ad ſuprema eius iudicia valet.* Quæ ſpecialis ratio omninò ceſſat in teſtamento iniuſto, v.g. ob præteritionem filij, vbi ipſum corruit, non quaſi à demente conditum, ſed ob non ſeruatam formam, de qua in l. inter cetera, ff. de liber. & poſth. & ita in terminis diſcrimen notat ſui oblita gloſſa elegans, verbo à demente, in d. l. Titia, vbi Doctores.

Immò, ab ſpeciali ex dictis iuribus concluditur, quod quando fideicommiſſum ab inteſtato generaliter relinquitur; & nullus datur verus vel fictus mentis defectus in teſtatore, (vt videlicet non reperitur in patre prætereunte liberos ſuos in poteſtate) tale fideicommiſſum generaliter relictum, omninò debebitur à filio ſuo præterito ab inteſtato ſuccedente; vel etiam ex teſtamento per contratabulas, vt ſupra latè oſtendimus.

SVMMARIVM.

Agitur de intellectu l. Gallus, §. forſitan, verſ. ergo; ff. de liber. & poſth. à nu. 1. & verus aſſignatur. à nu. 6.

Refertur, & reprobatur Æmilij Ferreti emendatio, ad d. verſ. ergo, nu. 2.

Litera legum non eſt facilè emendanda. ibidem.

Dictio, ergo, inducit illationem. ibidem ad fin.

Refertur, & reprobatur emendatio, & interpretatio Antonij Fabri, ad d. verſ. nu. 3.

Refertur, & reprobatur emendatio, & expoſitio Franciſci Duareni, ad eundem verſ. nu. 4.

Refertur, & reprobatur emendatio, & ſenſus Iacobi Cuiacij, ad eundem verſ. nu. 5.

Per agnationem ſui hæredis, quæ oritur ex adoptione, rumpitur teſtamentum. nu. 7. quod declaratur, niſi adoptatus retro ante fuerit inſtitutus. ibidem.

Adoptio non poteſt fieri niſi in iam nato. numero 9.

Lex Velleia proſpexit ijs caſibus, de quibus Gallus Aquilius non cauerat. nu. 10.

Qui generali Galli formula vtitur, securè teſtatur, ob iuuamen legis Velleiæ. ibidem.

Etiam, qui eſt in patris poteſtate poteſt adoptari in diuerſum gradum. nu. 11.

Reprobatur Hiſpanus Pichardo, qui contra putabat. ibidem.

Ille, qui in poteſtate eſt, & in certo gradu, non poteſt adoptari in eodem gradu, ſub diuerſa qualitate, v.g. nepos quaſi ex altero filio, num. 12. & 14.

Explicatur l. paterſamilias, §. qui duos, ff. adoptionibus, d. num. 14.

Qui eſt in adoptantis poteſtate, non poteſt amplius adoptari. nu. 13. & quomodo intelligatur, num. 15.

Explicatur l. qui liberatus, verſ. ſed ſi ſemel, ff. adoptionibus. d. nu. 15.

Adoptatus poteſt in eadem poteſtate readoptari in diuerſum gradum. ibidem.

Explicatur l. videamus, 4. ff. de in litem iurando, ibi: Pupillus, ſi pubes eſt, *à nu. 16.*

Variæ Caſſianorum, Proculianorum, & Priſci Iauoleni ſententiæ, circa marium pubertatem dignoſcendam. nu. 17. & Iuſtinianus Imp. Proculeios ſecutus, marium pubertatem in ſolo decimo quarto ætatis anno ſtatuit. ibidem, & num. 19.

Deciſio d. l. videamus, in relatis verbis eſt correcta, non tamen inutilis, d. nu. 19.

Explicatur l. ſi dies, 21. ff. quando dies leg. ibi: At ſi incerta, quaſi cum pubes erit, *nu. 20.*

Deciſio d. l. ſi dies, in relato exemplo, iam hodie eſt correcta, nu. 21.

Latè explicatur l. ſi quis legata, 54. ff. de cond. & demonſtr. à nu. 22.

Clauſula vulgaris de prorogandis legatis in annuam, bimam, trimam diem, non pertinet ad legata, quæ in futurum diriguntur. ibidem.

Præfata clauſula vulgaris, non pertinet ad legata conditionalia. ibidem.

I.C. Priſcus Iauolenus erat ex ſecta Caſſianorum, & putabat, poſt decimumquartum ætatis annum, eſſe inſpiciendum marem ad cognoſcendam pubertatem. nu. 23.

In decimo octauo ætatis anno, omninò concurrebat habitus corporis: & ob id dicebatur plena pubertas. nu. 25.

Quæ

Digitized by Google

Quæ ratio ſuaſit in adoptionibus, vt pater adoptiuus præcedat adoptatum octodecim annis, ibidem.

Ætas octodecim annorum ſolum conſiderabatur ad cognoſcendam perfectam pubertatem, & potentiam generandi, ibidem.

Explicatur l. cum filiofamilias, 50. verſ. ego quidem ff. de legatis 1. n. 26.

Explicatur l. Hæc conditio, 10. §. vlt. ff. de cond. & demonſtr. n. 27.

Si quis legat, vel donat alicui, cum pubes erit, *qui teſtamenti, vel donationis tempore pubes erat, ignorante teſtatore, vel donatore, ſtatim conſequitur legatum, vel donationem, ibidem.*

Nulla pubertas à iure conſideratur in vigeſimoquinto ætatis anno. n. 28.

Minor, vel maior vigintiquinque annis, non dicitur impubes, pubesue in diſpoſitione legali, vel ſtatutaria, ibidem.

Explicatur l. impuberibus, 11. ff. de acquir. hæred. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam gloſſæ interpretatio in d. l. impuberibus, ibidem.

Deciſio d. l. ſi quis legata, ff. de cond. & demonſtr. adhuc hodie viget. n. 29.

Explicatur l. 1. §. ſi impuberi, ff. de collat. bonorum à nu. 30. cum ſeqq.

Emancipatus ſi vult ſuccedere patri naturali, debet conferre fratribus ſuis quartam Diui Pij, ſi iam nata eſt illius petitio. n. 30.

Proponitur ratio ob quam emancipatus ſuis conferebat. n. 31.

Nemo poteſt eſſe in duplici poteſtate patria, ibidem.

Licet emancipatus ſi in poteſtate maneret, ob aliquid accidentale impedimentum certa bona acquirere non poſſet, ſi tamen ea patri quæſibilia ſunt, conferre tenetur. n. 32. cum ſeqq.

An edictum de collatione bonorum hodie ſubſiſtat? remiſſiuè. n. 33

Emancipatus ea omnia confert, quæ ſi in poteſtate patris naturalis acquireret, in patrem tranſferent. n. 34.

C A P V T IIII.

Ad Scæuolam in l. Gallus, §. forſitan, verſ. ergo, ff. de lib. & poſthum. & ad Vlp. in l. videamus, 4. ff. de in litem iurando, & ad eundem, in l. 1. §. ſi impuberi, verſ. igitur, ff. de collat. bonor.

1 ITa Scribit † Scæuola, lib. 6. quæſtionum. *Forſitan addubitet quis, an iſtis caſibus ſi nepos poſt teſtamentum naſcatur viuo patre ſuo, deinde ex eo concipiatur, iſque mortuo patre deinde auo naſcatur: an non potuerit hæres inſtitui, quia pater ipſius non recte inſtitutus eſſet? quod minimè eſt expaueſcendum: hic enim ſuus hæres naſcitur, & poſt mortem naſcitur. Ergo & ſi pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, poſtea viuo filio, atque ſi ex eo natus eſſet, adoptatur.*

Obſcuritate, & mendis pleniſſimus reputatur verſ. iſte, vt videre licet ex ijs, quæ vltra alios tradit Alex. hic, Aretin. Bartholomæus Socin. & alij recentiores: & vnuſquiſque ad libitum literam corrigit, vt ſenſum faciat. putant enim impertinens, & omninò ab ijs, quæ I. c. dixerat, alienum, id quod de adoptato hic ſubdit.

2 Vnde Æmilius Ferretus † hic emendat *(ſi)* reponendo *(ſic)* v. g. *ergo, & ſic pronepos;* &c. & poſtea præponit particulas, *atque ſi* verbis *viuo filio,* &c. ita vt litera correcta concipiatur. *Ergo, & ſic pronepos admittetur, qui natus eſt ex nepote poſtea, atque ſi viuo filio ex eo natus eſſet adoptatus,* quaſi ſcilicet comparatiuè, ita admittatur pronepos de quo hic, vt adoptatus à teſtatore loco nepotis, quaſi à filio ſuo, ſi in forma Galli eſſet inſtitutus. Quam diſpunctionem, tranſpoſitionem, & intelligendi modum ſecutus quondam fuit colendus admodum præceptor meus, eruditiſſimus D. Rodericus Lopez a Veiga, primarius in iure ciuili interpres, & regius Senator meritiſſimus.

Ceterum, litera repugnat, nec decet legum interpretes ad ipſarum contextus mutilationem facile proſilire, vbi facultas propria veram interpretationem non ſuggeſſerit (nec enim omnia poſſumus omnes, & aliàs facile iura ſubuerterentur.) Præſertim, quia tunc poteſt coniectari incuria typographorum aliquid incongruum obrepiſſe, quando in vnico verbo vitium inhæſerit: non ita in integra periodi conceptione, vt in præſenti.

Accedit, quia licet præpoſita diſpunctio reciperetur: ſenſus tamen inde coaleſcens eſt abſonus; non enim ſubtiliſſimus Scæuola confert, ſed infert, vt patet ibi: ergo, &c.

3 Et ita † etiam abire debet doctiſſimus Anton. Faber, lib. 9. Coniect. cap. 9. dum vltra emendationem dictionis *(ſi)* pro *(ſic)* quam proximè refellimus: contra fidem omnium codicum, tollit vltimum verbum, *adoptatur.*

4 Deterius † intelligit Frãciſc. Duarenus, vir aliàs emunctæ naris, & acris ingenij, qui faſſus noſtri verſ. obſcuritatem; & comparatiuè procedere dicit; & Scæuolam refert ad tit. de adoptionibus: iuxta ſpeciem §. & tam filium. Inſt. de adoptionibus; quaſi principaliter intendat, pronepotem, de quo hic, poſſe adoptari à proauo ſuo in locum nepotis. Id namque omninò peregrinum ab intentione Scæuolæ

apertè liquet; qui ex deciſione præcedenti, & ad ipſius confirmationem, prædictam illationem collegerit: & ſecundum hanc interpretationem nihil commune, ac connexum habent inter ſe.

5 Omnium † deterrimè intelligit Cuiacius hic, (pace dixerim viri de legali doctrina ſat benè meriti) dum ita legit: *Ergo & nepos omittetur*; &c. quaſi velit I.c. quod quamuis nepos omiſſus, ac præteritus ſit, ſi tamen moriatur viuo patre (filio videlicet teſtatoris) pronepos ex illo nepote natus, eius locum obtinebit, & quaſi nepos aſſumetur: nam hic intellectus literam enormiter lædit, ſenſumque aufert; In primis, quia verbum *(admittetur)* & conſequẽter, quod illius loco reponit *(omittetur)*, influit in pronepotem, non vero in nepotem: & ita text. magis tunc loqueretur de pronepote præterito, ſeu omiſſo, quam de nepote: & neceſſaria eſſet alia correctio. Deinde text. loquitur de vera adopotione, vt inferius apertè oſtẽdemus: quod Cuiacius de ſubmiſſione in locũ alterius accipit; quam lex dumtaxat in legitima ſucceſſione admittit, §. cum filius, Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. non ita in teſtamentaria, in qua quilibet deſcendens requirrit peculiarem teſtatoris diſpoſitionem; aliàs agnaſcẽdo, vel quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpent, §. poſthumi, & §. poſthumorum, Inſt. de exhæred. lib. cum ſimilibus. Omitto, quod Secundum hanc Cuiacij inuerſionem, inſulſa manet illatio, & indigna Scæuolæ ingenio, quod in Aquilianæ formulæ, ac legis Velleiæ interpretatione peculiariter emicuit.

Itaque eo miſeriarum deuentum eſt, in huius verſ. expoſitione, vt in mentem iam non veniat vllius interpretis; an illæſus ſenſum faciat, ſed an correctus ſuſtineri poſſit?

6 Me olim, adoleſcens † cum eſſem, & ſub præceptoribus agens, puduit à iuris coriphæis Scæuolam ita miſerè lacerari, & dilaniatum (quod peius erat) non ſibi ſolitos ſonos edere: conanti igitur eum liberare ab interpretum potius, quam typographorum incuria, non iuuenilis ardor, ſed bene fundata iuris prudentia ſuaſit, quæ ingenioſiſſimi Scæuolæ mentem eleganter aperit, dum ex præcedentibus infert ad noſtrum verſ. ergo.

Prædixerat I. c. quod ſi quis inſtituto filio, deinceps ceteros inſtituat in forma Galli Aquilij, & ex nepote ſit pronepos conceptus, quod iſte mortuo patre, deinde auo, & tandem proauo, ſuus hæres naſcitur, nec teſtamentum rũpet, vtpote benè inſtitutus iuxta Galli formulam, reddit rationem I.c. ibi: *Hic enim ſuus hæres naſcitur, & poſt mortem naſcitur*; in quibus terminis Aquilius loquebatur, vt patet in l. Gallus, in princip.

Infert ergo Scæuola in noſtro verſ. ergo, quod, adeo verum eſt, dictum pronepotem non rumpere teſtamentum, immò, eſſe rectè inſtitutum in generali Galli formula (ſuadente intentione legis Velleiæ, quæ teſtamentorũ indemnitati propexit): vt ſi idemmet pronepos (iam patre, ſcilicet nepote mortuo) à proauo poſtea adoptetur in locum nepotis, quaſi ex filio (eodem poſtea filio de medio ſublato) teſtamentum adhuc non rumpet.

7 Ratio † dubitandi erat: quia cum per adoptionem, vtpote agnationem ſui hæredis teſtamentũ antea conditum rũpatur, l. verũ, aliàs, l. certum, 8. ff. de iniuſto, rupto, cum ſimilibus; ſequi videbatur præfatum pronepotẽ adoptatũ proaui teſtamẽtũ rupturũ. Verũ, quia hæc regula non procedebat, quando adoptatus, retro ante fuiſſet inſtitutus, vt explicat I. c. in l. filio quẽ pater, §. vlt. ff. de liber. & poſth. l. antepenult. ff. de iniuſto, rupto, ingenioſiſſimè de more infert Scæuola in noſtro verſ. ergo, propterea pronepotem, de quo loquitur, ſi adoptetur in locum nepotis, non rupturum proauitum teſtamentum; quia antea probauerat rectè fuiſſe inſtitutum.

8 Et hæc † niſi maximè fallor, eſt Scæuolæ mens, & ſecundum iuris regulas ritè, & rectè deducta conſequentia: quæ quidem clarius apparet, ſi verbum, *ſi*, referas ad verbum, *poſtea*; ita vt ſit ſenſus: *ergo & pronepos admittetur, qui ex nepote natus erit, ſi poſtea viuo filio, atque ſi ex eo natus eſſet, adoptatur.* Quæ quidem interpretatio tanto magis recipienda eſt, quanto apertius conſtat Scæuolam in tota l. Gallus, cum ſuis §§. obſcuritatibus ex induſtria inhiaſſe.

9 Illud † obiter aduerte, quod quando noſter verſ. ergo, meminit pronepotis à proauo adoptato; intelligit pronepotem iam natum ad effectum adoptionis, vt aliàs requirit text. in l. poſt mortem, verſ. vlt. ff. de adoptionibus. & ita ceſſat obiectio Doctorũ, de quibus hic, vt notatur per Bartholom. Socin. nu. 1.

10 Verum † obſtat, quod noſter §. forſitan, in principio, loquitur de formula Galli, vt patet ex §. nunc de lege. infra eadem, l. & conſequẽter noſter verſ. ergo, procedere videtur in formula Galli. At pronepos ſi viuo proauo naſcebatur, vt ita adoptari poſſet iuxta ſupradicta; iam ſecundum formulam Aquilianam ceſſabat inſtitutio, & neceſſaria erat Velleiana, vt patet ex d. §. nunc de lege, ergo, &c.

Pro reſponſione aduerte, quod lex Velleia introducta eſt, ad ſupplendam prouiſionem Aquilianam in fauorem teſtamentorum, vt notant omnes, in d. §. nunc de lege, & in §. poſthumorum, per text. ibi: Inſt. de exhęred. liberorũ: & ita qui ſimpliciter vtitur Galli formula,

ſecurè

ſecurè teſtatur; quia caſum, cui Gallus ſpecialiter non proſpexit, ſupplet Velleia.

Hoc ſuppoſito, inquit Scæuola in noſtro verſ. ergo, quod cum teſtator (de quo in principio text.) generali formula Galli, vſus fuerit, quo caſu ſecurè teſtatur, & inſtituit, propter ſuppletionem Velleiæ: ſi poſtea adoptet, quem antea generaliter ex Galli formula inſtituerat, hunc quaſi agnatione ſui hæredis non ruptu·rum teſtamentum: quia manet rectè inſtitutus: nam licet tunc inſtitutio ſuſtineatur ex ſuppletione Velleiæ legis, formula tamen, qua teſtator vſus fuerat, Aquiliana erat. Quod manifeſtè ſuadetur ex mente I. c. hic, quæ tota eſt, oſtendere Galli formulam generalem, eſſe ſufficientem, vt vel per ſe, vel per ſuppletionem Velleiæ, teſtamentum incolume ſeruet. & id ſatis conſtat ex tribus §§. præcedentibus, vbi in Galli formula miſcet etiã ſententiã legis Velleiæ ad teſtam. ſecuritatem inducendam.

11 Ex quibus † infertur, poſſe etiam adoptari illum, qui alias eſt in poteſtate: nam adoptio nõ ſolum introducta eſt, vt poteſtatem patriam quis acquirat, ſed & vt liberos, vt euenit in terminis §. ſed & illud, Inſt. de adoptionibus, iuncta gloſſa ibidem, verbo, omiſſorum, ad finẽ, quam Doctores communiter ſequuntur, vbi feminæ aliquando adoptare permittitur, cum nec adoptatum, nec generaliter liberos in poteſtate habere poſſit, & ex §. ſed hodie, Inſt. eodem, & ex l. cum in adoptiuis, C. eodem. vbi datur generalis adoptio, citra tranſlationem patriæ poteſtatis, vel etiam gradum liberorũ. Atque ita in terminis, in quibus àliàs quem in poteſtate habemus, adoptio operabitur mutationem gradus, vt qui antea nepos, vel pronepos erat, maneat in loco filij, vel nepotis, vt expreſſit aliàs vlp. in l. 3. §. ſi filium, ff. de bon. poſſeſſ. contra tabul. ibi: *Si filium habens, & ex eo nepotem, ſi in locum filij nepotem adoptauero, ambo admittentur*, &c. Vnde obiter cauebis ab Hiſpano Pichardo, in Rubr. Inſt. de adoptionibus, qui definiens adoptionem, requirebat omninò, ne adoptatus antea in poteſtate fuiſſet, in quo loquitur contra expreſſum text. noſtrum, & in d. §. ſi filium.

12 Sed huic † illationi obſtat Primò Vlp. in l. paterfamilias, §. qui duos, ff. de adoptionibus, ibi: *Qui duos filios, & ex altero eorum nepotem habet, ſi vult eum nepotem, quaſi ex altero natum ſic adoptare, poteſt hoc efficere: ſi eum emancipauerit, & ſic adoptare, quaſi ex altero natum*; &c. vbi in liberis, qui ſunt in poteſtate, denegat adoptionem, niſi prius exeant poteſtate.

13 Deinde † obſtat idem Vlp. in l. qui liberatus, verſ. ſed ſemel, ff. de adoptionibus, dum inquit: *Sed ſi ſemel fuerit adoptatus amplius adoptari non poteſt*; & in principio dixit, quod quem poteſtate eſſe deſijt, adoptari põt. ſic innuens, qđ non niſi patria poteſtas per adoptionẽ intẽditur, qua ceſsãte, ceſſare quoq; adoptio dẽret.

14 Quibus † non obſtantibus, ſecurè permanet præpoſita reſolutio; & quod attinet ad Vlp. in d. §. qui duos, propterea denegat adoptionem in terminis, de quibus ibi, quia quoad adoptantem (qui auus erat) nihil operaretur: ſemper enim adoptatus in eodem nepotis gradu permanebat. Ex dictis autem conſtat, quod adoptio reſpectu adoptantis debet aliquid operari, vel in poteſtate, vel in gradu liberorum, quorum neutrum hic operari valuit, & propterea non recipitur. Vnde nihil mirum, quod prærequiratur emancipatio, vt tunc, & gradum, & poteſtatem reaſſumat cum conſecutiua qualitate, quam auus optabat, vt videlicet potius ſit nepos ex vno, quam ex altero filio.

15 Ad Vlp. † tandem in d. verſ. ſed ſi ſemel, (omittendo brocardicam ſolationem, videlicet, quod duplex fictio non debet admitti, iuxta prauè intellectam l. 1. C. de dotis promiſſione) reſpondeo, mentem Vlpiani eò tantum tẽdere, vt ſicut ſublata patria poteſtas amplius iuſtè nõ reuertitur: ita etiam per adoptionem quæſita, amplius quæri non poteſt. non tamen denegat, quod ſi non agamus de quærenda per diſpoſitionem patria poteſtate, ſed potius de mutando gradu, id nequeat fieri in adoptato: immo ex dictis reſoluendum eſt, adoptatum in locum nepotis, poſſe iterum readoptari in locũ filij, ſine ſolutione patriæ poteſtatis.

Ad Vlpian. in l. videamus, 4. ff. de in litem iurando.

16 VBi ita ſcribit: † *Videamus in tutelari cauſa, quis iurare, & aduerſus quem poſſit; & quidem ipſe pupillus, ſi impubes eſt, non poteſt*; &c. Mirũ eſt, quod innuit Vlp. poſſe pupillum in litem iurare, ſi pubes ſit; quaſi pubertas in pupillari ætate aduenire poſſit: cum pubertas decimoquarto anno completo emergat, princip. Inſt. quibus modis tut. fin. quo tempore quis pupillus eſſe deſinit. l. vlt. C. quando tutores, vel curatores.

Accurt. in preſenti. verb. impubes, explicat dictionẽ (*ſi*) id eſt, quia vt ita obiectionẽ euitet. Verum abſona eſt, & præpoſtera expoſitio.

17 Pro interpretatione † aduerte, olim circa pubertatẽ marium dignoſcendam inter iuriſprudentes nimis variatum eſſe, vt innuit Imp. in d. princip. Inſt. quibus modis tut. fin. nam Caſſiani (qui authorem Caſſium ſequebantur)

Digitized by Google

puberem eſſe dicebant, qui habitu corporis apparet. Proculeij autem (qui Proculum ſequebantur) eum, qui quatuordecim annos expleuit, de qua duplici ſecta, meminit Pompon. in l. 2. verſ. vlt. ff. de origine iuris, & in propoſito Vlp. in fragmentis, tit. 11. de tutelis, §. vlt. vbi tandem ſubiungit I. c. Priſcum in ea fuiſſe opinione, vt ad pubertatem vtrumque debeat concurrere, & habitus corporis, & numerus annorum, quod quondam obtinuiſſe teſtatur Cuiac. in l. minor 25. annis adito, verſ. vlt. verbo, decreto, ff. de minoribus. Has tamen marium inhoneſtas inſpectiones ſecutus Proculeios, ſuſtulit Iuſtinian. in l. vlt. C. quando tutores, vel curat. eſſe deſin. & in d. princip. Inſt. quibus modis tut. fin. notat Luſitanus Coſta, in c. ſi pater, verbo impuberes, num. 6.

18 Ex quibus † conſtat Vlp. uiguiſſe eo tempore, quo pudendæ illæ inſpectiones in viridi erant obſeruantia, & conſequenter apparet mens ipſius in noſtra l. videamus, vt videlicet pupillus, ſi inſpectus impubes apparet, in litem iurare non poſſit; quia adhuc in eo, & imperfecta ætas, & imperfectum iudicium reperitur, è contrario ſentiens, quod ſi pubes appareat, iurare poſſit; quaſi iam ſit perfecti iudicij, cum generare queat, ſecundum Caſſianos, vt in d. tit. 11. §. vlt.

19 Cum autem † iam hodie marium pubertas ſolo decimo quarto ætatis anno, & non ante aduenire credatur ſublata pudibunda corporis inſpectione, d. l. vlt. C. quando tut. vel cur. eſſe deſin. ceſſabit declaratio Vlp. in d. l. videamus. ibi: *Si impubes eſt.* vt videlicet pupillus in cauſa tutelari indiſtincte iurare in litem nequeat: nec proinde manebit inutilis deciſio Vlpiani in præſenti: adhuc enim probat, quod pubes in cauſa tutelari in litem iurare poteſt: quamuis pubertatem per recentiores conſtitutiones metiamur, quod à fortiori probat, quia ſi olim pupillus, ſi ex habitu corporis pubes apparebat, iurare poterat; quanto magis nũc poterit ille, qui decimumquartum annum expleuit.

20 Hinc † non iniucundo exceſſu colliges ſpiritum Iul. Pauli. qui aliter intelligi nequit, in l. ſi dies, 21. ff. quando dies legati cedit. ibi: *At ſi incerta, quaſi cum pubes erit, cum in familiam nupſerit, cum magiſtratum inierit; niſi tempus, conditione obtigit; neque res pertinere, neque dies legati cedere poteſt.* vbi diem pubertatis vocat incertam; cum tamen certum ſit decimo quarto anno expleto marium pubertatem iuris cẽſura aduenire d. l. vlt. C. quando tutores, vel curator. eſſe deſin.

Verum cum ætate I c. Pauli viguerint prædictæ inſpectiones, per quas dignoſcebatur pubertas, non attenta ſimplici certorum annorũ conſideratione, ſecundum Caſſianos, vel priſcum, vt refert Vlp. in fragm. d. tit. 11. §. vlt. (qui ſimul cum Paulo floruit) nihil mirum quod in d. l. ſi dies, dicat, incertum eſſe, quando quis pubes futurus ſit, & cum dies ſit incertus, pro conditione habetur, l. dies incertus. ff. de cond. & demõſtr. & conſequenter ante eius aduentum dies non cedit.

21 Ceterum † hæc Pauli deciſio diruto iam fundamento corruit, quoad exemplum pubertatis: nam cum ſecundum Proculianorum ſententiam Iuſtinianus definierit tempus pubertatis in decimo quarto ætatis anno in maſculis, l. vlt. C. quando tutores, vel curatores eſſe deſin. qui legauerit in tempus pubertatis, legat in diem certam: & conſequenter ſtatim dies cedet, iuxta regulam, quam tradit idem Paul. in d. l. ſi dies, in princip.

22 Nec huic † reſolutioni obſtat Iauolenus in l. ſi quis legata, 54. ff. de condit. & demonſtr. ibi: *Dieſque pubertatis habet aliquam temporis demonſtrationem*, &c. atque ita videtur innuere non habere incertam diem, quæ pro conditione eſt; contra Iul. Paulum, in d. l. ſi dies, & noſtram ſuprapoſitam reſolutionem. Immo & d. l. ſi quis legata, nonnullam habet difficultatem in eo, quod iam tunc circa pubertatem, temporis demonſtrationem dari aſſignat, cum id Proculianorum ſecta dictaret, cuius in iure nullibi ſit approbatio, ante nouã conſtitutionem Iuſtiniani in d. l. vlt. C. quando tutores, vel curat.

Nam vt Iauoleni mens appareat, quæ nequaquam ſuptadictis refragatur, illius verba ſubiungo, inquit ille: *Si quis legata, quibus dies appoſita non eſſet, annua, bima, trima die dari iuſſit, & alicui, cum pubes eſſet pecuniam legauit, id quoque legatum annua, bima, trima die poſt pubertatem præſtandum eſſe, in commentariis Gaij ſcriptum eſt: quia magis conditio, quam dies legato adiecta eſſet; Contra ego ſentio, quia fere dies ponitur ad proroganda ea, quæ ad præſens tempus, non etiam, quæ in futurum legata ſunt; dieſque pubertatis habet aliquam temporis demonſtrationem.*

Ex quibus verbis colligo inprimis, quod Iauolenus non dixit, legatum, *cum pubes erit*, habere diem certam; ita vt denegaret rationem conditionis, quam Paul. I. c. conſiderabat in d. l. ſi dies, vt etiam aduertit gloſ. hic. verb. demonſtrationem. Sed tantum aſſeruit, eſſe legatum, quod non ad præſens, ſed in futurum dirigitur: & clauſulam vulgarem, de qua ibi agit, non ad ea, quæ ſuaptæ natura, & ex diſpoſitione iuris in futurum tendũt, ſed ad ea, quæ præſentia ſunt, pertinere. Nec replicet quis, quod Iauolenus ibidem reprobat Caium I. c. qui exiſtimabat in dicta ſpecie

non

Digitized by Google

non eſſe diem, ſed conditionem, id eſt, non eſſe diem certam, ſed incertam: nam ſi bene attendatur, non ratio, ſed reſolutio Caij reprobatur, dum putabat, præfatum legatum eſſe prorogandum in annuam, bimam, trimam diem poſt pubertatem: nam licet ratio, quã Caius adducebat, admittatur, adhuc opinionem ipſius non ſuadebat, vt aperte oſtendit Vlp. in l. talis ſcriptura, 30. verſ. ſed & ſi ſub conditione. ff. de legatis 1. vbi deciditur, clauſulam vulgarem prorogatiuam legatorum non pertinere ad legata conditionalia; intendit igitur Iauolenus in d. l. ſi quis legata, quod licet legatum, *cum pubes erit*, contineat incertam diẽ, & conſequenter quaſi conditionem, nihilominus tamen etiam contineret aliquam temporis demonſtrationem: quod vt amplius pateſiat,

23. Aduerto † deinde Iauolenum I.c. eſſe illũ, quem Priſcum vocat Pomponius, in l. 2. verſ. vlt. ff. de origine iuris. Hic autem Priſcus Iauolenus in ea erat opinione, vt quoad dignoſcendam pubertatem, & numerum annorum, & habitum corporis concurrere debere exiſtimaret, vt ſpecialiter de eo loquens meminit Vlp. in fragm. tit. 11. §. vlt. Iacob. Cuiac. in l. minor 25. annis adito. verſ. verb. decreto. ff. de minoribus. nam in ſecta Caſſianus erat, vt patet ex d. l. 2. verſ. vlt. & ex epigraphe d. l. ſi quis legata, vbi ita ſcribitur. *Iauolenus, lib. 2. ex Caſſio*; & propterea ad pubertatem requirebat habitum corporis; id tamen vltra addebat, vt inſpiciendus decimum quartum ætatis annum excurreret, vt alias notat Luſitanus Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verb. impuberes, nu. 6. de teſtam. in 6.

24 Ex † quibus mens Iauoleni eſt in d. l. ſi quis legata, quod legatum, *cum pubes erit*, habet etiam aliquam temporis in futurum demonſtrationem: quia videlicet, non ante decimũ quartum annum inſpectionem pubertatis fie-
25 ri opinabatur. Vel † etiam propterea dicit, diem pubertatis habere aliquam temporis demonſtrationem, quia in ijs, qui tardius pubeſcebant, habitus corporis in decimo octauo anno omnino concurrebat, vt aduertit Theophilus in §. minorem, Inſt. de adopt. notat aliàs Iul. Paul. lib. 3. ſentent. tit. 4. §. 1. & inſignis Coſta. in d. verb. impuberes, nu. 3. quæ ob id dicebatur plena pubertas, vt in l. arrogato, §. 1. ff. de adopt. & in d. §. minorem, quæ quidem ſolum conſiderabatur ad effectũ, vt conſtaret de vero habitu corporis, qui ad generandum requiritur, quod ſpeciali quadã ratione attenditur in adoptionibus, quæ introductæ ſunt ad imitationem naturæ in ratione generandi, & propterea tempus plenæ pubertatis requiritur in adoptando, vt verè conſtiſſet de pubertate, & vera potentia generandi, & quod ad hunc tantum effectum conſideretur illa ætas octodecim annorum, probatur ab Vlp. in l. Mela, 14 in princip. ff. de aliment. & cibar. leg. ibi: *Vt pueri vſque ad decimum octauum, puellæ vſque ad quartum decimum alantur*; &c. innectis illis: *Sed & ſi generaliter pubertas non ſic diffinitur; tamen pietatis intuitu in ſola ſpecie alimentorum hoc tempus ætatis eſſe obſeruandum, non eſt inciuile*; &c. conſtat itaque pubertatem etiam attento tempore, quo & habitu corporis conſiderabatur; aliquam temporis demonſtrationem habere; quia quoad hunc affectum, decimus octauus annus erat vltimus omnino terminus, vt aduenıret.

26 Et hinc † obiter colliges mentem Vlp. in l. cum filiofam. 50. verſ. ego quidem, ff. de legatis. 1. vbi legato relicto, *cum pubes erit*, quãdo teſtator ſciebat legatarium eſſe puberem; non dubitauit, an de plena pubertate octodecim annorum ſit intelligendus teſtator: ſed ſimpliciter reſoluit, intelligendum de ætate, quæ reſtitutione caret, id eſt, 25. annorum. tacitè ſentiens I. c: pubertatem, quæ in decimo octauo conſiſtit, non attendi, niſi quando ſumus in dubio, an quis verè pubes ſit, & generare poſſit, vt ſupra proximè probauimus. At quando conſtat legatarium eſſe puberem, quãuis nõdum egreſſus fuerit decimum quintum, ex coniecturata mente defuncti legatum intelligetur de vigeſimo quinto anno quaſi ſentiat de ætate gubernatrice bonorum.

27. Inſuper, nec † etiam ad ætatem, quæ reſtitutione caret, id eſt, vigeſimum quintum habebitur reſpectus: niſi quando aperte conſtiterit, teſtatorem, donatorem, vel ſimilem diſponentem ſciuiſſe, legatarium, vel donatarium eſſe puberem, teſtamenti, vel donationis tempore. Alioquin ſi ignoret, & legatarius, vel donatarius iam pubes ſit, non protendetur legatum, vel donatio in vigeſimum quintum ætatis annum, ſed ſtatim debebitur, vt eleganter docet Vlp. in l. hæc conditio, 10. §. vlt. ff. de cond. & demonſtr. ibi: *Et ignorante teſtatore nauis venerit teſtamenti facti tempore, dicendum pro impleta haberi, & ſi cui ſic legatum eſt, cum pubes erit, ſimili modo hoc erit dicendũ*. in quo reſponſo Vlpianus declarat, quod dixerat in d. l. cum filiofam. verſ. ego quidem. quod coniector ex eo, quia in vtraque lege inſcribitur Vlp. lib. 23. ad Sabinum, vt apparet ex epigraphe. Vnde etiam colligitur, quod ſi teſtator non ignoret legatarium eſſe puberem, faciendam fore interpretationem ex d. l. cum filiofam. verſ. ego quidem, vt optime alias aduertit noſter Luſitanus Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verb. impuberes, num. 5. de teſtam. in 6.

28 Hæc autem † ætas vigintiquinque annorũ, nihil commune habet cum vera pubertate (licet Doctores eam pleniſſimam vocent) quia vt ſupra notauimus, plena pubertas erat vltimus terminus impuberum: & ideo Vlp. in d. l. cum filiofam. verſ. ego quidem, ff. legatis, 1. in terminis, de quibus vbi, non dicit, teſtatorem intellexiſſe de pleniſſima pubertate, ſed de ætate, quæ reſtitutione caret: quaſi teſtator rudi modo pubertatem referat ad ætatem maturam, & adminiſtratricem bonorum. Simpliciter tamen loquendo, & ſeparata mente teſtatorum, minor, vel maior 25. annis non dicitur impubes, pubeſue, quaſi in hac ætate ſit terminus aliquis pubertatis, vt exemplificari poteſt in diſpoſitione legali, vel ſtatutaria, & ita tex. in l. impuberibus, 11. ff. de acquir. hæred. dũ omnimodo permittit ex edicto prætorio abſtenſionẽ liberis impuberibus; intelligitur de veris impuberibus (qui hodie non explerunt decimum quartum ætatis annũ; vel olim inſpecti puberes non apparebant, vt ſupra notauimus) qui licet ſoli ſe immiſceant, nihil agunt quoad effectum abſtinendi, vt ibidem intelligit gloſſa, in princip. communiter recepta. Quod tamen ipſa ſubiungit, impuberes, puberesue poſſe etiam dici, qui minores, maioresue ſunt 25. annis, inexcuſabiliter dicit, vt ibidem notat Alex. nu. 2. quia interpretatio hæc non poteſt adhiberi diſpoſitionibus legalibus, & ſtatutarijs, quæ proprie, & in vero ſenſu iuris loquuntur, & accipi debent, præſertim, quia ipſa gloſſa, verb. plena, in l. arrogato. §. 1. ff. de adoptionibus, pleniſſimam pubertatem vocauerit illam, quæ in decimo octauo conſiſtit. vnde manet inutilis excuſatio, quam noſter Coſta, d. verb. impuberes, nu. 5. pro gloſſa adducebat, cum ipſam non liberet in terminis de quibus loquitur, Illud noto, quod maiores viginti quinque annis bene poſſunt vocari puberes, non quia egreſſi ſunt 25. annos, ſed quia exceſſerunt decimum quartum, & ita intelligitur, l. ſi furioſo puberi, ff. de curat. furioſo. &c. ſi tameu pubes ſimpliciter à lege vocetur, non qui 25. ſed 14. annum excedit, vocatur.

29 Illud tandem † notabis, quod deciſio l. ſi quis legata, 54. ff. de cond. & demonſtr. quam ſupra ſumus interpretati: hodie à fortiori locum obtinet: nam ſi legatum, *cum pubes erit*, iam olim non prorogabatur ex vulgari clauſula, *annua, bima, trima, die*, quia aliquam habebat temporis demonſtrationem, quanto magis nunc obtinebit, quia iam certam omninò habet temporis deffinitionem, videlicet, quatuordecim annorum in maſculis, l. vlt. C. quando tutores, vel curatores eſſe deſin.

30 Ad † Vlp. in l. 1. §. ſi impuberi, verſ. igitur. ff. de collat. bonorum, vbi ita ſcribit: *Igitur etiam de quarta conferenda cauere eum oportebat: ſed hoc ita demum, ſi iam nata eſt quarta petitio*; &c. ex quibus manifeſte colligitur, emãcipatum volentem ſuccedere patri naturali cũ fratribus ſuis hæredibus, teneri ad collationẽ quartæ Diui Pij, quam meruit in poteſtate patris arrogatoris per illius emancipationem; vel cauere de illa, ſi iam nata eſt quartæ petitio. Omitto quod dicit circa excludendam collationem dictæ quartæ, dum adhuc nata non eſſet eiuſdem petitio, de quo latè Luſitanus noſter ſubtilis à Coſta in repet. l. qui duos. §. cum in bello, verb. poſtea mortui, n. 3. ff. de rebus dubijs.

31 Inſiſtendo † tantum in terminis, in quibus Vlp. admittit collationem, contra illum moueo non vulgarem dubitationem: nam certum eſt collationem bonorum in emancipato introductam eſſe à prætore propter iniuriam, quam ſuis faciebat, dum concurrens cũ illis, ipſorum portiones minuebat, l. 1. in princip. ff. de collat. bon. latè comprobat ex pluribus, quos refert Luſitanus Aluar. Vallaſc. Senator regius meritiſſimus, in praxi partitionũ & collat. cap. 12. nu. 13. hæc autem iniuria in eo cernebatur, quia ſi in poteſtate manſiſſet, omnia patri quæreret, & poſt ipſius mortem inter fratres diuiderentur, vt eleganter notat noſter Coſta. in repet. §. & quid ſi tantum, 3. parte. nu. 229. cum ſeq. quæ omnia in vniuerſum ita diffinit noſter Vlp. in d. l. 1. §. toties, dum inquit: *Toties igitur collationi locus eſt, quoties aliquo incommodo affectus eſt is, qui in poteſtate eſt, interuentu emancipati*. &c. At filius emancipatus arrogatus in acquiſitione quartæ Diui Pij non collatæ, nullam iniuriam, nec damnum irrogat filio in poteſtate patris naturalis manenti; quia ſi & ipſe in poteſtate manſiſſet, talia bona patri non quæreret (nec enim ſub duorum patrum poteſtate eſſe poterat, & duobus ſimul ſuccedere §. at hi, & §. eadem hæc. Inſt. de hæredit. quæ ab inteſt. def.) nec conſequenter fratribus ceſſent communicanda, ergo eadem bona emancipatus conferre nõ tenebitur. ex eo quod ceſſet ratio inducendę collationis, & innuit d. §. toties. ibi, *ceterum ſi non eſt; collatio ceſſabat*. vbi ceſſante damno ſui hæredis, ceſſat collatio.

32 Ceterum † pro ſolutione huius exquiſiti dubij, in defenſionem Vlpiani excogito, quod ad effectum, ne cenſeatur iniuria facta filio in poteſtate, & conſequenter ceſſet collatio bonorum emancipati; opus eſt, vt bona illa, quę emancipatus acquirit, (non quidem quod non potuiſſent in poteſtate acquiri ob aliquod accidentale impedimentum) ſed dato ex ſuppoſitione, quod à filio in poteſtate quærerentur,

patris

patris emolumento non cederent. conſtat autem, quod etſi quarta Diui Pij non poſſit acquiri quoad originem ſub poteſtate patris naturalis, propter repugnantiam, quæ per accidens contingit: ſi tamen (per impoſſibile) acquiri potuiſſet, in patrem tranſiret; quia quoad patriam acquiſitionem nullum tunc datur impedimentum, ſiue ex natura bonorum, ſiue ex parte poteſtatis patriæ.

33 Maneat † igitur, quod attento illo tempore, quo ob iniuriam, quam ſuis facit emancipatus, collationi bonorum locus erat, (quam adhuc hodie vigere tenet Corneus. in l.ſe emãcipati, num. 11. C. de collationibus, vbi gloſ. verb. venientem, quod ſibi non diſplicere annuit noſter Coſta, in d. §. & quid ſi tantum, 3. parte, nu. 230. ad effectum, de quo egerat, nu. 228. quamuis communis, ac receptior ſententia ſit in contrarium, vt per Scribẽtes in d. l. ſi emancipati. plures refert Coſta, d. nu. 230. ad fin. qui de receptiori teſtatur) emancipatũ teneri conferre etiam ea bona, quæ in poteſtate patris acquirere non poterat ob aliquod accidentale impedimentum; ſi eadem bona ſuapte natura patri acquiſibilia eſſent, ſi per filiũ quærerentur. Atque ita, ea tantum bona non eſſe conferenda ab emancipato, quæ ſi in poteſtate patria acquireret, in ipſum non traduceret ex natura bonorum, vt ſunt caſtrenſia, vel quaſi, noſtra l. 1. §. nec caſtrenſe, & aduentitia, poſtquam quoad proprietatem cœperũt patriam acquiſitionem effugere, l. vlt. C. de collationibus. Si verò eadem bona ſuapte natura patri quæſibilia eſſent, & dumtaxat per accidens actualis poteſtas patria impediret, tunc eorum collationi locus erit, & ſic procedit d. §. ſi impuberi.

34 Vel † generalius regulam conſtitue ex mente Vlp. in noſtro §. ſi impuberi, videlicet, oĩa bona emancipatum fratribus collaturum, quę ſi in poteſtate acquireret, ad patrem tranſire debuerant. At ſi poſſibilis eſſet acquiſitio quartæ Diui Pij ſub patris naturalis poteſtate, in ipſum tranſiret, ergo eam extra poteſtatem acquirens conferre debet: quia accidentalis repugnantia non debet prodeſſe emancipato in inuidiam ſuorum.

SVMMARIVM.

Vtrum in terminis l. vter ex fratribus, & l. qui ex fratribus, ff. de cõd. inſtit. ſi fratres noluerint conſobrinæ nubere ad hæreditatem admitti poſſint? proponitur affirmatiua a nu. 3. contraria defenditur à nu. 5.

Qui ita inſtituit, vter ex fratribus meis Titiam duxerit vxorem, ſit hæres in dodrante: qui non duxerit, ex quadrante, ſi illa nolit, æqualiter admittuntur, quaſi conditionem impleſſent. d. num. 1.

Æqualiter etiam admittuntur, quando Titia mortua eſt re integra, ex tacita voluntate teſtatoris. nu. 2. & vide omnino. nu. 12.

Conditio, ſi nupſerit, *deficit per mortem eius, cum quo erat implenda, nu. 3. limitatur. nu. 12. & nu. 14. & nu. 15.*

As aliquando cogitur ad ſemiſſem. nu. 4. quod declara. nu. 17. ad fin.

Nemo poteſt renuere nuptias conſobrinæ, conſobrinæ, tanquam turpes. num. 5.

Explicatur l. 2. §. ſi quis ita, ff. de bon. poſſ. ſecund. tab. nu. 6.

Bonorum poſſeſſio facti, quæ conceditur inſtituto ſub conditione, vt locum habeat, debet eſſe certæ portionis. ibidem.

Explicatur l. quoties, 9. §. ſi quis ita dixerit. ff. de hæred. inſtit. nu. 7.

Explicatur d. l. vter ex fratribus, 23. verſ. ſi neuter. ff. de cond. inſtit. nu. 8. & nu. 18.

Explicatur l. qui ex fratribus. 24. verſ. quia verum, ff. de cond. inſtit. nu. 10. cum ſeq.

Hæres debet inſtitui ſub certa demonſtratione. ibidem.

Diſpoſitio, quæ de rigore iuris corruere debet, ſi eundem effectum per circuitum obtinet; ſuſtinetur. num. 13.

Si inſtitutio ſuſtinetur ob euitandum circuitum, & hæres ſcriptus vti velit iuris rigore, vt rem ab inteſtato habeat, tenetur legatarijs ex edicto, ſi quis omiſſa; *&c. ibidem.*

Declaratur l. legatum, 4. C. de cond. inſert. num. 14. & 15.

Declaratur ſimul l. in teſtamento ita, 31. ante finem. ibidem.

Declaratur l. 1. & l. 2. C. de inſt. & ſubſtit. ibidem.

In terminis d. l. vter ex fratribus, & d. l. qui ex fratribus. ſi fratres nubere noluerint, & habeant ſubſtitutum ſub conditione, ſi hæredes non erunt, *admittetur omnino ſubſtitutus. numero 19.*

Si verò non habeant ſubſtitutum, & ab inteſtato ſuccedant, tenentur omnibus legatarijs ex edicto, ſi quis omiſſa, *&c. nu. 20.*

Explicatur remiſſiue l. 1. §. qui ſub conditione, ff. ſi quis omiſſa cauſa. ibidem.

Tentatur, fratres nolentes nubere in terminis d. l. vter. & ab inteſtato ſuccedentes, fore cogendos, vt nubant, aut vt a legitima ſucceſſione recedant tanquam indigni. nu. 21.

Explicatur obiter l. ſi quis ſub conditione. 8. ff. ſi quis omiſſa. ibidem.

Filius inſtitutus ſub conditione poteſtatina, ſi culpa ſua non impleat, etiam ab inteſtato remouetur. ibidem.

CAPVT V.

Vtrum in terminis l. vter ex fratribus. 23. & l. qui ex fratribus. 24. ff. de condit. inſtit. ſi fratres teſtatoris noluerint Titiæ conſobrinæ nubere, ad hæreditatem admitti poſſint?

1 IN hac materia † quoad caſum non ſecutarum nuptiarum tres ſpecies diſcerni poſſunt. Prima, quando ipſa conſobrina fratribus teſtatoris nubere noluit. Secunda, quãdo nec per ipſam, nec per ipſos ſtetit, quominus nuptiæ contraherentur, videlicet, quando ipſa mortua eſt. Tertia tandem, quando per ipſos ſtetit, quia vterque nubere noluit, in qua procedit noſtra quæſtio.

Primam ſpeciem determinat I. c. Marcellus, in d. l. vter ex fratribus, 23. ff. de cõd. inſtit. vbi ita ſcribit: *Vter ex fratribus meis conſobrinam noſtram duxerit vxorem ex dodrante, qui non duxerit ex quadrante, hæres eſto, aut nubit alteri, aut non vult nubere, conſobrinam, qui ex his duxerit vxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans. Si neuter eam duxerit vxorem, non quia ipſi ducere noluerunt, ſed quia ipſa nubere noluerit: ambo in partes æquales admittuntur. Plerumque enim hac conditio, ſi vxorem duxerit, ſi dederit, ſi fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non ſtet, quominus ducat, det, aut faciat*; & ita ibidem notat gloſ. & Doctores. conſentit l. 1. & l. 2. C. de inſtit. & ſubſtit. vbi gloſ. & DD.

2 Secundam † ſpeciem diffinit Papinianus, in d. l. qui ex fratribus, 24. ff. de cond. inſtit. ibi: *Viuo teſtatore conſobrina defuncta, ambo ad hæreditatem venientes, ſemiſſes habebunt, quia verum eſt eos hæredes inſtitutos, ſed emolumento portionum, euentu nuptiarum diſcretos.* conſentit. l. 2. §. ſi quis ita, ff. de bonorum poſſ. ſecund. tab. notat gloſ. verb. æquales. in d. l. vter ex fratribus, & ſequuntur reliqui, cui tamen obſtat l. legatum. C. de cond. inſert. & l. in teſtamento ita, 31. ante fin. ff. de cond. & demonſtr. quibus tamen infra ſatisfacies.

3 In † tertia, quando ſcilicet teſtatoris fratres conſobrinam ducere noluerunt, non modica difficultas verſatur: nam admittendos eſſe fratres, quamuis per illos ſteterit, tenuit antiquus gloſſator Ioannes, quem refert, & ſequitur gloſ. verb. æquales, in d. l. vter ex fratribus, & communiter. Doctores, ac nouiſſime colẽdus præceptor meus Rodericus Lopez a Veiga Luſitanus primarius olim Conimbricenſis in iure Cęſareo profeſſor. quorum ſententia ſequentibus fundamentis roboratur.

Primò, quia fratres iſti, in quocunque euẽtu ſunt inſtituti, & ſub conditione tantum ſunt partes diſcretæ: atque ita ſi neuter velit ducere, pro æquis ſunt admittendi, vt comprobare videtur d. l. qui ex fratribus, ibi: *Quia verum eſt eos hæredes inſtitutos, ſed emolumento portionum, euentu nuptiarum diſcretos.*

Alioquin, niſi ſimpliciter, & in quocumque euentu eſſent inſtituti (quamuis per illos ſtetiſſet) mortua conſobrina re integra ad ſucceſſionem teſtamentariam non admitterentur, quod ego pro communi conſidero, per text. in l. legatum, 4. C. de cond. inſert. vbi Imp. ita conſtituit: *Legatum ſeu fideicommiſſum à patruo tuo relictum tibi ſub conditione ſi filio eius nupſiſſes: cum mortuo filio priuſquam cum eo contraheres, conditio defecerit: nulla ratione deberi tibi exiſtimas.* Conſpirat I. c. Africanus in l. in teſtamento ita erat, 31. ante finem, ff. de cond. & demonſtr. tradit Luſitanus Coſta, in repetit. §. ſi arbitratu. 6. limitat. nu. 14. Hiſpanus Molina, lib. 2. de primogen. cap. 13. num. 25. ergo ſi fratres in terminis d. l. qui ex fratribus non eſſent ſimpliciter, & in omnem euentum inſtituti, nequaquam ad hæreditatem admitterentur mortua Titia conſobrina.

4 Deinde, quia † cum teſtator eum ex fratribus in quadrante inſtituerit, qui conſobrinam vxorem non duxerit, ſiue quia ipſe, ſiue quia illa noluit, d. l. vter ex fratribus, ibi: *Qui non duxerit, in quadrante*; &c. nihil contra teſtatoris voluntatem fieri videtur; ſi quiſque vltra tres hæreditatis vncias non recipiat, & æqualiter admittatur, adhuc enim tota hæreditas ad illos deferetur, coacta aſſis diſtributione, quaſi totus ſit in ſemiſſe, l. interdum, §. 1. ff. de hæred. inſtit. vel illis accreſceret, iuxta l. 3. ad finem. C. de milit. teſtam. l. vnic. C. quando non petent. part.

Tandem non videtur obſtare text. in l. vter ex fratribus, ibi: *Non quia ipſi ducere noluerunt*; &c. expendere enim videtur I. c. voluntatem fratrum, non ad eum effectum, vt æqualiter, vel inæqualiter admittantur: ſed ad effectum, vt videlicet admittantur ex capite, quaſi impletæ conditionis.

5 Verum † mihi in puncto iuris contrarium verius videtur, immo dictos fratres non fore admittendos, ſi per vtrumque ſteterit, ne Titiæ conſobrinæ nuberent, quam ſententiam

omnino

omnino inermem reperi apud Ioann. Imol. in l. quoties, §. ſi quis ita dixerit, ante nu. 37. ff. de hæred. inſtit. nam mens defuncti, qui nuptias conſobrinæ in conditione poſuit, ſatis ſuadet, illis peculiariter proſpexiſſe: & non aliter vtrumque fratrem vocaſſe, niſi alteruter Titiæ nuberet, vel ſaltem per illos non ſtaret, & quod conſobrinæ conſuluerit, ſatis oſtẽdit, dum eum fratrem, qui ei nupſerit, dupla hæreditatis portione inuitat, ſuadet etiam ratio l. 2. C. de inſtit. & ſubſtit. ibi: *Cum te filio ſororis ſuæ conſobrino tuo, probabili conſilio, matrimonio iungere volueris*, &c.

6 Confirmatur † deinde hæc ſentẽtia ex Vlp. in l. 2. §. ſi quis ita, ff. de bonorum poſſeſſ. ſecund. tab. vbi ita ſcribit: *Si quis ita inſtituerit hæredes, vter ex fratribus meis Seiam vxorem duxerit, ex dodrante mihi hæres eſto: vter non duxerit, ex quadrante hæres eſto. Si quidem mortua fuerit Seia, æquas partes habituros hæredes conſtat, quod ſi ab altero vxor ducta fuerit, dodrantem, & quadrantem eis competere, bonorum autem poſſeſſionem, antequam exiſtat cõditio, neutrum petere.* vbi Vlp. eleganter oſtendit, fratres non aliter admittendos, quam ſi alteruter verè, vel iuris cenſura conditionem impleuerit: alioquin ſi ipſis nolentibus nubere, pateret ad hæreditatẽ aditus, quaſi ſimpliciter ſcriptis; non diceret, neutrum eſſe admittendum ad bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, antequam exiſtat conditio, cum vnuſquiſque qui nubere nollet, ſuum quadrantem petere poſſet, non aliter igitur vocauit (non mortua Seia) quam ſi vel nuberent, vel per illam ſtetiſſet: & conſequenter ſub inæqualibus portionibus, & cum interim ſit incertum, quæ, & cui ſint applicandæ; ceſſat facti bonorum poſſeſſio, quæ non niſi in portione omnino certa concedi poteſt, vt notat Bart. in d. l. 2. §. ſi quis ita, ad fin. Raph. Cuman. in l. ſi quis inſtituatur, 23. in fine princip. ff. de hæred. inſtit. Viglius, in l. 1. nu. 6. C. de edicto Diui Adriani toll.

7 Præterea † ſuadetur hæc eadem pars: nam licet inſtitutio ſimplex eſſet & in omnem euentum (quod negamus) cum tamen portiones non eſſent demonſtratæ niſi ſub conditione, ſi videlicet alter ex fratribus nubat, vt inquit I. C. Vlp. in l. quoties, §. ſi quis ita, ff. de hæred. inſtit. ibi: *Sed quis ex qua parte incertum eſt.* interim dum alteruter non nubit, vel conditio pro impleta habetur, (quod non euenit vtroque nolente) fruſtra peterent hæreditatem, cuius certam aliquam portionem ſibi deberi probare non poterant: nam quadrans, qui non nubenti datur in d. l. vter ex fratribus, & triens, in d. l. qui ex fratribus, non quidem datur vt nubere nolenti, ſed potius, quia purificata eſt diſpoſitio altero nubente, id enim intenderat teſtator, vt patet in d. l. vter. ibi: *Habebit dodrantẽ, erit alterius quadrans*; &c. vbi poſtquam nubenti defertur dodrans, competit non nubenti quadrans, expreſſit Imol. in d. l. quoties, §. ſi quis ita, ante, numerum trigeſimum ſeptimum, nõ nubentis autem tunc non conſideratur voluntas, ſicut è conuerſo ad miorem portionem nanciſcendam non attenditur nubendi voluntas, ſi conſobrina non huius, ſed illius fratris thorum prælegerit. Vnde iam non obſtabunt quæ ſupra in ſecundo fundamento adducebantur, vt infra latius oſtendemus.

8 Denique accedit † ſolidiſſimum fundamentum, & vt aiunt, non innixum arenæ, nititur quippe apertiſſimo Marcelli reſponſo in d. l. vter ex fratribus, ibi: *Si neuter eam duxerit vxorem, non quia ipſi ducere noluerunt, ſed quia illa nubere noluerit: ambo in partes æquales admittuntur. Plerumque enim hæc conditio, ſi vxorem duxerit, ſi dederit, ſi fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non ſtet, quo minus ducat, det, aut faciat.* Quæ quidem verba, omnem omnino reſpuunt contrarium colorem, & plures iteranda auribus, quam aliter ſunt exponenda; illud dumtaxat notari cupio, illorum verborum, *non quia ipſi ducere noluerunt*, rationem reddi in verſ. ſeq. ibi: *Plerumque enim hæc conditio*; &c. quaſi Vlp. tantummodo intendat enucleare vim illius conditionis, *ſi duxerit, ſi fecerit*; &c. Vnde corruit præpoſtera interpretatio, quam ſupra in contrarium vltimo loco adducebamus.

9 Et vt † noſtra hæc ſententia altius inſigatur, ac facilius ſuadeatur, obiecta diluamus: nam ad primum reſpondemus, fratres de quibus hic, non eſſe ſimpliciter, & in quemlibet euentum inſtitutos: ita vt ipſis nolentibus nubere pateat hæreditatis aditio: quinimmo requiri, vt vel nubat alteruter; vel per ipſam ſtet; aut tandem ne per illos, mortua videlicet conſobrina; vt peculiariter decidere I. C. in d. l. vter ex fratribus, l. qui ex fratribus, ff. de cond. inſtit. & d. l. 2. §. ſi quis ita. ff. de bon. poſſ. ſecund. tab. nec profecto omitterent caſum quotidianum, cum omnes percurrant, in quibus fratres admittuntur; niſi ſupponerent, vltra expreſſos, aliter recipi ad hæreditatem non poſſe. Præſertim cum illos excludat, d. l. vter ex fratribus, ibi: *Non quia ipſi ducere noluerunt.* & ibi: *Oportet, quod per eum non ſtet, quo minus ducat*; &c. & d. l. quoties, §. ſi quis ita, ff. de hæred. inſt. ibi: *Sed quis ex qua parte incertum eſt*, & noua, nec inelegans conſideratio, quam ſupra adhibuimus Vlp. in l. 2. §. ſi quis ita, ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.

10 Nec † obſtant verba d. l. qui ex fratribus, ibi: *Quia verum eſt, eos hæredes inſtitutos, ſed* emolu-

Digitized by Google

emolumento portionum, euentu nuptiarum diſcretas: nam mens Papiniani ibidem non eſt, oſtẽdere, fratres illos ſemper, & in quocumque euẽtu manere inſtitutos, & ita ſi nubere nolint, admittendos, ſed potius occurrit dumtaxat difficultati, quæ naſcebatur ex incertitudine inſtitutionis; quaſi mortua Seia conſobrina, & ita illis vere, vel ficte non nubentibus, quodammodo inſtitutio periret; quæ requirit certam demonſtrationem hæredis, vt pro regula inquit Vlp. in d. l. quoties. §. hæres inſtitui, ff. de hæred. inſtit. *Heres inſtitui* (inquit) *niſi vt certè demonſtretur, nemo poteſt*. Attamen, quia prædicta inſtitutio non habebat incertitudinẽ in perſona hæredum, quos conſtabat eſſe fratres teſtatoris, valida in ſe eſt; quamuis portiones in euentu nuptiarum inæquales fiant. Vnde cum mortua conſobrina, licet ceſſet portionum certitudo, quam teſtator expreſſerat, cum tamen per illos non ſteterit, ex tacita nihilominus voluntate admittuntur, vt inferius oſtendemus, & quod hæc fuerit Papin. intentio colligitur ex Vlp. in d. l. quoties, 9. §. ſi quis ita dixerit, ff. de hæred. inſtit. vbi poſtquam præpoſuit regulam, nimirum neminem poſſe hæredem inſtitui, niſi ſub certa demonſtratione: ſtatim, & immediate ſubiunxit eandem ſpeciem, quam tradiderat Papin. in d. l. qui ex fratribus, & in ea ita reſpondet: *Hic recte factam inſtitutionẽ certum eſt, ſed quinex qua parte, incertum*, quaſi dumtaxat intendat defendere inſtitutionem; an autem effectum ſortiri debeat, reſoluit Vlp. in d. l. 2. §. ſi quis ita, ff. de bon. poſs. ſecund. tab. & Marcellus, in d. l. vter ex fratribus, & Papin. in d. l. qui ex fratribus, quando videlicet, vel nubit alter, vel illa renuit, aut moritur re integra.

11 Vel † etiam reſponde Pap. in d. l. qui ex fratribus, in verſ. *quia verum eſt*; &c. ſolum ſatisfacere obiectioni, quæ naſcebatur ex ſua reſolutione, dum in partes æquales fratres admittebat; quaſi inſtituti non ita eſſent, ſed ex diſparibus, cui occurrit, & dicit, tunc ex inæqualibus partibus futuros, quando nuptiæ celebrarentur cum alterutro, aut conditio pro cõpleta haberetur: non ita, quando mortua eſt conſobrina, quia verum eſt fratres tunc manere inſtitutos ex alia tacita defuncti voluntate, vt inferius oſtendemus, & ita vltra terminos portionum inæqualium.

12 Nec obſtat † noſtra conſideratio, quam ſupra ad firmitatem primi aduerſi fundamenti ſubneximus ex l. legatum, C. de cond. inſert. & l. in teſtamento ita erat, 31. ante fin. ff. de cond. & demonſtr. quaſi fratres teſtatoris non aliter admitterentur mortua conſobrina, niſi in omnem euentum eſſent inſtituti; & conſequenter, etiam ſi per ipſos ſtetiſſet, quominus nuberent. Ceterum reſpondendum eſt, quod licet in his terminis deficiat verum implementum conditionis (cum nuptiæ ſecutæ non ſint) & item interpretatiuum extraordinariũ (quia per ipſam non ſtetit) ex l. 2. C. de inſtit. & ſubſtit. non proinde tamen locũ eſſe præcluſum coniecturis, an teſtator in caſu mortis eius, cũ qua conditio erat implenda, hæredẽ ſcriptum manere vellet, vt cordate præſenſit vnico verbo gloſſa 1. in d. l. legatum, C. de condit. inſertis, dum ita inquit: *Si filio, ex hoc patet, quod aliàs non erat relicturus*. vbi ſi quis legat ſobrinæ ſub conditione, ſi nubat filio ipſius teſtatoris, inquit Accurt. propterea reijcitur legataria mortuo filio teſtatoris, quia tunc potius nuptijs filij prouidebat; quam ſobrinæ; contrarium innuens, ſi legatariæ tantum proſpexiſſet, quod multis comprobat Hiſpan. Molina, lib. 2. de primogen. cap. 13. nu. 26. Hinc ego argumentum duco ad noſtram ſpeciem, vt videlicet propterea fratres mortua Titia conſobrina, cui alter nubere iubebatur, ad hæreditatem admittantur: quia, licet ſi per illos ſtetiſſet, omnino excluderentur iuxta ſupradicta; cum tamen teſtator vnum ex fratribus vocauerit, qui conſobrinæ non nupſerit, ſeu potius cui impoſſibile erat conſobrinæ nubere (nam eadem duobus ſimul nubere nequibat, §. ſocerum. Inſt. de nuptijs) & ita per quem non ſteterit, quominus nuberet, vt teſtator præſumit: manifeſte ſentit, quod quando per eoſdem non ſteterit, quo minus alteruter conſobrinam ducat, quia ipſa re integra deceſſit, ambo admittantur in viriles portiones; nam ex voluntate, quam teſtator expreſſit circa vnum ex fratribus, quem vocat ad hæreditatẽ ex eo ſolo capite, quod per eum non ſteterit; colligitur mens ad vtrumque; vt videlicet, ſi per illos non ſteterit, in viriles admittantur, per eos autem non ſtat, mortua conſobrina re integra, & ſecundum hoc intelligatur Papin. in d. l. qui ex fratribus, verſ. quia verum eſt, quaſi ad mentem defuncti in prædicta forma diſponentis referri debeat ſucceſſio fratrum mortua Titia.

13 Verum aliter † poterit explicari d. l. qui ex fratribus, vt propterea fratres mortua conſobrina admittantur: nam illi ſoli erant legitimi ab inteſtato hæredes, vt coniectari licet ex diuiſione totius aſſis inter ipſos facta: nõ enim credibile eſt, in dubio teſtatorem voluiſſe inutiliter teſtari, præteritis filio, vel patre: & fruſtra tunc quæreretur, an fratres admitti debuiſſent, teſtamento vel iniuſto propter præteritionem filij in poteſtate, vel contratabulato, vel reſciſo per querelam, in quibus caſibus totum à fratribus defuncti auocandum eſſet, quamuis conditionem expleſſent; quia

filio-

Digitized by Google

filiorum, & parentum cauſa præcedit, & remouet fratres defuncti, vt eſt notius, quam vt indigeat probatione. Quando igitur fratres defuncti, vel quilibet alij hæredes defuncti inſtituuntur in tota hæreditate ſub conditione ſi alteruter nubat Titiæ; quamuis illa moriatur, & conſequenter inſtitutio ruere videatur ex l. legatum. C. de condit. inſert. & d. l. in teſtamento ita erat, 31. ante fin. ff. de cõd. & dem. in viriles tamen admittentur ad euitandum circuitum ab inteſtato ſuccedendi, argumẽto text. elegantis, in l. 1. C. de his, qui ſibi adſcribunt. ibi: *Tamen, cum etſi teſtamentum non eſſet ſcriptum, iuſtus ſucceſſor futurus eſſet: accepta bonorum poſſeſſione filius perinde habebitur, atq; ſi ſua manu pater tuus te hæredem ſcripſiſſet functus dulci officio*; vbi inſtitutio de rigore irittanda ſuſtinetur ad euitandum inanem circuitum ſuccedendi ab inteſtato; & inſuper cernitur peculiaris fauor defuncti (vnde etiam eius mens colligitur) quod eiuſdem teſtamentarię diſpoſitiones ſuſtinentur, aliàs ab inteſtato infringẽdæ, iuxta regulam l. ſi nemo, ff. de teſtam. tut. & ideo ſi tunc legitimi velint omittere ſucceſſionem teſtamentariam, quaſi in euerſionem, & necem legatorum, tenebuntur ex edicto, *Si quis omiſſa cauſa teſtamenti*. Quod circa euitandum circuitum diximus, non ita poteſt conſiderari, quando fratres nubere nolint: quia tũc non ſolum deficit inſtitutio de rigore iuris, ſed etiam ex volũtate teſtatoris, & per conſequẽs manent omninò non inſtituti, quoad effectum ſuccedendi ex teſtamẽto. An autem ab inteſtato ſuccedere tunc poſſint, inferius àttingemus, & caſu, quo non poſſent, fruſtra ageretur de circuitu euitando.

14 Præterea † d. l. legatum, C. de cond. inſert. & d. l. in teſtamẽto ita, ff. de cond. & demõſtr. puto limitandas, ſi euidenter conſtiterit teſtatorem, dum conditionem nubendi iniungit, omninò prouideat legatario, vel hæredi. ita vt nobiles, vel vtiles illas nuptias eiſdem quæreret in decus familiæ, inuitando feminam ſub ſpe prædiuitis mariti, aliàs etiam idem diſpoſiturus: nam, ſi per illos non ſteterit, vtpotè, quia illa mortua eſt re integra; legatarius ille, vel hæres admittendi ſunt, quaſi non deſit generalis teſtatoris voluntas, licet nuptiæ non ſequantur, innuit gloſ. 1. in d. l. legatum, tradit Fulgoſ. in l. 1. C. de inſtit. & ſubſtit. quem ibidem ſequitur Alex. nu. 1. Iaſ. nu. 7. & plures, quos referens ſequitur Hiſpanus Molina, lib. de primog. cap. 13. nu. 26. & ita etiam venit declaranda d. l. 1. & l. 2. C. de inſtit. & ſubſt. quando conditio nubendi defecit per mortem eius, cum quo adimpleri debebat.

15 Tandem † d. l. legatum, & d. l. in teſtamento, ceſſant, quando nuptiæ non per viam conditionis, ſed per viam modi apponuntur, vt eſt regula per text. in l. ſi Titio, 95. aliàs eſt l. ſi fundum, 92. §. Iulianus, ff de legatis 1. & in ſpecie ex multis tradit Bart. in d. l. 1. C. de inſt. nu. 1. quem ſequitur Bald. nu. 7. Paul. num. 6. Alex. nu. 5. & plures, quos refert, & ſequitur Molina, d. lib. 2. cap. 13. nu. 25. cum pręcedẽt. qui omnes rationem differentiæ inter conditionem, & modum aſſignant, & ſimiliter ſunt declarandæ l. 1. & l. 2. C. de inſtit. & ſubſtit.

16 Ex quibus † omnibus colligitur, quod licet regulariter requiratur, quod conditio nubendi verè impleatur, vel per illum ſtet, cum quo adimplenda eſt, d. l. 1. & l. 2. C. de inſtit. aliquãdo tamen ſufficit, ne per grauatum ſtet, conditione videlicet per caſum deficiente, ſi de mente teſtatoris conſtiterit, & hoc quod eſt, non ſtare per grauatum eſt medium inter verum, & fictum implementum, & in terminis d. l. vter ex fratribus, & d. l. qui ex fratribus, mortua conſobrina conſtat de voluntate teſtatoris fratres non remouentis, vt prædiximus..

17 Ad ſecundum † principale fundamentum aduerſæ ſententiæ reſpondetur, quod quando teſtator in terminis d. l. vter ex fratribus, vocauit ad quadrantem hæreditatis, fratrem, qui Seiam conſobrinam non duxerit; maniſeſtè ſenſit, eo caſu vocaſſe, quo alter ducat, vel duxiſſe exiſtimetur, expreſſit Vlp. in d. l. vter, & in d. l. 2. §. ſi quis ita, ff. de bon. poſſ. ſecũd. tab. ibi: *Si ab altero vxor ducta fuerit, dodrantem, & quadrantem eis competere*. Nec enim teſtator inſtituit vnum ex fratribus in portione inæquali, niſi caſu, quo altera inæqualis portio competat, idem ſentit Vlp. in l. quoties, 9. §. ſi quis ita dixerit, vbi expreſſit Ioannes Imol. ff. de hæred. inſtit. ergo nunquam dabitur caſus, quo ambo in quadrante admittantur, tanquam in eodem ex voluntate teſtantis inſtituti. Iura autem in argumento adducta, quando admittunt reſtrictionem, vel ampliationẽ aſſis, loquuntur, quando conſtat de ſimplici voluntate teſtatoris, volentis inſtituere in illa maiori, vel minori parte: non ita, quando circa inſtitutionem deficit voluntas ob defectum conditionis, vt in noſtris terminis.

18 Ad interpretationem † tandem, quam contraria communis ſententia adhibebat noſtræ legi, vter ex fratribus, ibi: *Non quia ipſi ducere noluerunt*; &c. reſpondeo, quod licet, hæc verba à ſubſequentibus diuulſa omninò non reſpuant præfatam expoſitionem, accedẽte tamen verſ. Plerumque, in quo precedentium ratio redditur, prædicta explicatio penitus euaneſcit, & literam apertè violat, cum I.c. generalem regulam tradat, quam ad vnũ caſum, coãguſtare inciuile eſt. Accedit, quia ſi

communis contraria opinio vera eſſet, eandem reſolutionem debuiſſet Vlpianus aſſignare, vtroq; fratre nubere nolente, vt ipſa communis intendit; quod ſi verum eſſet, captioſè, & inutiliter inſtitit Vlp. in decidendo, ne per fratres ſtetiſſet, vt in viriles portiones admitterentur.

Maneat igitur, prædictos fratres in duobus tantum caſibus admitti æqualiter, non ſecutis nuptijs, quando videlicet conſobrina noluit, vel re integra diſceſſit, ſi per illos verò ſteterit, omninò repellendos.

19 Quid autem de † hæreditate faciendum eſt illis nubere nolentibus, quo caſu reſoluimus, non eſſe ex teſtamento recipiendos, & quidẽ ſi ſubſtitutum habeant, quando hæredes non eſſent; proculdubio admittetur ſubſtitutus, ducto argumento à fortiori, ex l.4. vbi omnes notant, ff. de hæred. inſtit.

20 Si verò † deſit ſubſtitutus, & non ſit aliquis filius teſtatoris exhæredatus, conſequenterque maneant proximiores ab inteſtato ijdem fratres, ipſis mero iure defertur hæreditas. Sed tunc legata omnia præſtabunt, ex tit. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, ne commodum ex malitia, & inobedientia reportent; idq; comprobat tex. in l. 1. §. qui ſub conditione, ff. ſi quis omiſsa, &c. de quo latè Luſitanus noſter ſubtilis Coſta, lib. 2. Select. cap. 2. nam tunc, in terminis ſcilicet, in quibus fratres nubere nolunt, iam apparet, re ipſa eſse inſtitutos ſub conditione, quæ in ipſorum poteſtate eſt, & cui parere nolunt.

21 Inſuper † adinſtar edicti, ſi quis omiſsa, &c. Sicut Prętor pro impleta habet conditionem, quæ in poteſtate erat inſtituti, ad effectum, vt legata præſtaret, quaſi ex teſtamento: ita etiã, ſi fraus non quidem legatarijs (ſi nulli ſunt) inferatur, ſed potius conſobrinæ, cuius nuptijs proſpexit: æquum erit, compellendos, vt alter nubat, aut vterque ab hæreditate arceatur, quaſi indignus. Nec obſtabit tunc text. in l. ſi quis ſub conditione, 8. ff. ſi quis omiſſa, vbi deciditur, quod poſito ſub conditione non ſuccurrit æquitas illius edicti: hoc namq; debet intelligi, quando teſtator cum poſset ſimpliciter legare, in conditione duntaxat poſuit. Verum ad nuptias, quas teſtator intendebat, non niſi ſub conditione fratres onerare poterat; & ita, licet verba edicti deficiant, ex ſententia, & æquitate ipſius ſuccurrendum videtur. Iuuat cõmunis quædam opinio in l. 4. vbi Cuiac. ff. de hæred. inſt. quæ reſoluit, quod filius inſtitutus ſub conditione poteſtatiua, ſi ob culpam ſuam non impleat, etiam ab inteſtato fore ſubmouẽdum. Quinimmo, & ſi filius adhuc ab inteſtato hęres eſse potuiſset, vt inquit l. vlt. ff. de cõd. inſtit. in ipſo duntaxat admitteretur, cui magis debetur teſtatoris hæreditas, quam fratribus, l. ſcripto, ff. vnde liberi, vel etiã ex eo, quod eueniret caſus, in quo ſe præteritum inuenit, quod omnino in fratribus ceſsat.

22 Ceterum † propter d. l. ſi quis ſub conditione, ſecurius eſt, vt teſtatores prouideant in caſum, quo fratres, vel quilibet alij proximiores ab inteſtato nubere noluerint, ne per indirectũ ipſorum diſpoſitio, & intentio fraudetur.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & materia l. vlt. ff. de ſolutionibus. per tot. & à nu. 48.

Vtrum mandatum poſſit ex conuentione vltra mortem prorogari, à nu. 1. cum ſeqq. & à num. 9. vbi pars negatiua omnino comprobatur, & a nu. 18 vbi redditur ratio.

Agitur de intellectu l. ſi verò, non remunerandi, 12. §. vlt. ff. mandati, nume. 2. & omnino, num. 36.

Agitur de intellectu l. mortis cauſa. 18. §. Titia, ff. de donationibus cauſa mortis, num. 4. & omnino, a num. 31.

Agitur de intellectu l. furti, §. vlt. ff. de his qui notantur infam. nu. 5. & omnino, nu. 41.

Agitur de intellectu l. fundi, 33. §. vlt. ff. de acq. poſſeſ. nu. 6. & omnino, nu. 42.

Agitur de intellectu, l. ſi quis alicui, 27. §. 1. ff. mandati, nu. 7. & omnino, nu. 44.

Refertur, & reprobatur Acurtij, & Cuiacij interpretatio, & emendatio ad noſtram, l. vlt. in 2. reſponſo, ff de ſolution. nu. 10.

Refertur, & reprobatur altera Accurtij interpretatio ad d. l. vlt. in 2. reſponſo, nu. 11.

Indagatur ratio, ob quam mandatum morte mandantis finitur, nu. 12. & ibidem reprobatur communis ratio, & vera aſſignatur, nu. 13. cum ſeq.

Mors non reuocat mandatum, ſed tantum ceſſare facit voluntatem, d. nu. 12.

Obiter intelligitur, l. 4. ff. de locat. ibidem.

Quamuis mandator in articulo mortis conſtitutus dicat, vt mandatum nondum inchoatum poſt mortem ipſius exequi valeat: non tenebitur mandatarius, & mandatum morte finitur, ibidem.

Aſſignatur ratio, ob quam morte mandatarij finitur mandatum, num. 15.

Explicatur l. 4. ff. de manumiß. vindicta, nu. 16.

Explicatur, §. rectè, verſ. item ſi. Inſt. mandati, ibidem.

Ad plenam libertatem concedendam quid requiratur, num. 17.

Dominus manumittens putans ſe non dominum, vtiliter manumittit, ibidem.

Obiter intelligitur l. cum ex falſis, ff. de manumiſs. teſtam. ibidem.

Conciliatur d. l. 4. cum l. quæſitum, verſ. Iulianus, ff. qui,

Digitized by Google

ff. qui, & à quibus: ibidem.

In d. verſ. Iulianus, ſeruus nullam omnino libertatem obtinebat. ibidem.

Remiſſiuè intelligitur §. ſoluitur, verſ. in coeunda. Inſt. de ſocietate. nu. 18.

Explicatur l. cum duobus. 52. §. idem reſpondit, ſocietatem. ff. pro ſocio. nu. 19. vbi reprobatur gloſſa, & Cuiacij interpretatio,

Si in ſocietate conueniat de certo hærede, in quem trãſeat ſocietas: non valet conuentio. idem in mandato. nu. 20. inter vtrumque tamen differentia aliàs conſtituitur. num. 29.

Naturalia contractuum non poſſunt immutari conuentionibus priuatorum. nu. 21. cum ſeq. vbi diſtinguitur.

Obiter explicatur. l. cum manu ſata. §. vlt. ff. de contrah. empt. d. nu. 21.

Naturale venditionis eſt, vt dominium ex ea poſſit transferri: licet extrinſecus impediatur. ibidem.

Variæ opiniones referuntur circa naturalia contractuum immutanda. nu. 22. & aſſignatur noſtra reſolutio. ibidem.

Obiter intelligitur l. 1. & l. 2. C. de iure emphyt. nu. 23.

Obiter intelligitur l. diem proferre. §. 1. ff. de arbitris. ibidem.

Explicatur l. emptorem. §. vlt. ff. de act. empt. numero 24.

Mandatum, quod mandantem reſpicit etiam mortuum, v.g. de monumento faciendo; valet ab initio vltra mortem collatum à nu. 35.

Cadaueribus defunctorum, & funeri iniuria fieri poteſt. ibidem.

Mandatum, quod ſola gratia hæredum fit, ab initio poteſt vltra mortem porrigi, nu. 27. et ad quam nam ſpeciem mandati pertineat. num. 30.

Explicatur l. idem eſt. 13. ff. mandati. à num. 27. cum ſeq.

Explicatur regula l. ſi pactum. 9. verſ. vlt. ff. probationibus, nu. 28.

Liberatio debiti poteſt donari cauſa mortis, nu. 31. & per ſolam acceptionem etiam olim rata erat. num. 37.

Late explicatur l. cum pater, 77. §. Mæuio. ff. de legatis, 2. nu. 32. cũ ſeqq. vbi exploditur Accurtij, & communis Doctorum interpretatio.

Donatio cauſa mortis olim ad ſui validitatem requirebat traditionem rei donatæ. nu. 33.

Ampliatur deciſio d. §. Mæuio. nu. 34.

Explicatur l. miles ad ſororem. 75. ff. de legatis 2. numero 35.

Quando ſpecies aliqua vltimæ voluntatis tegitur ſub forma mandati; poſt mortem ſubſiſtit ex natura tantum vltimæ voluntatis. nu. 36.

Dictus §. Mæuio, iam hodie non procedit. nu. 38.

Aſſignatur caſus, in quo donatio cauſa mortis olim ſuſtinebatur ſine traditione rei in vita donantis. num. 39.

Hæredes eius, qui cauſa mortis donauerat, & in vita non tradiderat, olim non tenebantur perficere donationem. ibidem.

Regula l. iniquiſſimum. ff. de iuris, & facti ignor. aliquãdo ceſſat; quando effectus non prouenit principaliter ab ignorantia, vel ſcientia alterius. ibidem. ad fin.

Qui ſcienter ſoluit, quod ſoluere non tenebatur, donare creditur. nu. 40. quod tamen ibidem declaratur.

Mandatum inchoatum à mandatario tranſit ad eius hæredes. nu. 41.

Societas, & tutela nullo modo, tranſit ad hæredes. ibidem.

Mandatum ex cauſa neceſſaria commiſſum, morte finitur. nu. 42.

Quando mandatum prouenit à cauſa neceſſaria, bene poteſt per mandatarium ſcientem mortem mandantis exequi non prohibentibus hæredibus. ibidem.

Quando mandatum ſimplex morte non finitur; vel aliqualiter poteſt poſt mortem exerceri: ſub eodem modo poteſt ab initio vltra mortem prorogari. nu. 43.

Quando ſeruus alicui ita datur, vt poſt mortem dantis manumittatur: valet tale mandatum. numero 44.

Obiter intelligitur l. ſi hominem. ff. mandati. numero 45.

Quando mandatum formatur ſub ſpecie contractus, qui vltra mortem ſolet porrigi: & ipſum mandatum poſt mortem protendi poteſt. nu. 46.

Conciliatur l. ſi quis alicui. §. 1. & d. l. ſi hominem, ff. mandati. cum l. 3. C. de vindicta libert. numero 47.

Obiter intelligitur l. nemo alieno. ff. de regul. iuris. ibidem.

Obiter intelligitur, l. per procuratorem. ff. de acq. hæredit. ibidem.

Manumiſſio eſt actus legitimus. ibidem.

Obiter intelligitur mens l. quod autem. §. vlt. ff. de donat. inter virum. ibidem.

Diſpoſitio d. l. 3. olim non habebat locum in filiofam. cui pater mandabat manumiſſionem fieri. ibidem, & hodie in omnibus liberis etiam emancipatis ceſſat. ibidem.

Bene poteſt quid mandari de præſenti, cuius effectus ex conuentione poſt mortem porrigatur, nu. 48.

Stipulatio alteri facta, quibus modis concipi poteſt, & quando valet. nu. 49. cum ſeqq.

An mandatarius ſtipulari poſſit mandanti, conferendo in eum verba executiua tantum? à num. 53. & negatiuè reſoluitur. nu. 54.

Conſtitutum ita procuratori, ſiue mandatario fieri poteſt, vt in ipſum tantum verba obligatiua, & executiua referantur. nu. 56.

Intereſſe ſtipulatoris, quomodo debeat conſiderari ad effectum, de quo l. ſtipulatio iſta, §. ſi ſti-

Digitized by Google

puler. ff. de verb. oblig. nu. 57.

Notabiliter declaratur § poſt mortem. Inſt. de inutilibus, ſtipulante nouam conſtitutionem Iuſtinianeam: ne procedat in ſtipulatione mandata, cuius effectus confertur poſt mortem mandantis. num. 18.

CAPVT VI.

Ad I.c. Paulum, lib. 2. Manualium, in l. vlt. ff. de ſolutionibus.

1 PAulus † ſcribit. *Ei, qui mandato meo poſt mortẽ meam ſtipulatus eſt, recte ſoluitur: quia talis eſt lex obligationis: ideoq; etiam inuito me, recte ei ſoluitur. Ei autem, cui iuſſi debitorem meum poſt mortẽ meam ſoluere, non recte ſoluitur: quia mandatum morte diſſoluitur.*

Lex iſta mirabiliter diſtorquet iuris interpretes, coegitque doctiſſimum Cuiac. lib. 1. Obſer. cap. 38. vt ipſius literam vndique turbaret. Cuius interpretationem prius quam aggrediamur, elicienda reſolutio eſt ad eam quæſtionem, vtrum mandatum poſſit poſt mortem conferri? cum conſtet ſimpliciter factum morte extingui, l. ſi quis alicui, §. morte, ff. mandati, §. recte, Inſt. eodem tit.

Et quidem mandatum à principio celebrari poſt mortem implendum, tenuerunt ordinarij Doctores in iuribus infra referendis. plures refert, & ſequitur Decius in l. eius, qui in prouincia. verſiculo placebat, numero 8. ff. ſi cert. pet. vbi communiter notant Doctores. Iacob. Cuiac. d. cap. 38. Franciſc. Duar. ſub tit. de mandato. cap. vlt. col. vlt. in fine. Hiſpan. Pichardo, in §. recte, Inſt. mandati, numero vndecimo, & 15. & gloſ. verbo, donabat, in l. cum pater, §. Mæuio, ff. de legat. 2. vbi Imola, nu. 8. & reliqui.

2 Pro quibus † pugnare videtur Vlp. in l. ſi verò non remunerandi, 12. §. vlt. ff. mandati, ibi: *Idem Marcellus ſcribit, ſi vt poſt mortem ſibi monumentum fieret, quis mandauerit: hæres eius poterit mandati agere, illum verò, qui mandatum ſuſcepit, ſi ſua pecunia fecit, puto agere mandati*; &c. vbi indiſtinctè mandatum poſt mortem collatum valet, & vtrinque producit obligationem.

3 Fortius † fauet I. c. Caius, in l. idem eſt, 13. ff. mandati, vbi inquit: *Idem eſt, & ſi mandaui tibi, vt poſt mortem meam hæredibus meis emeres fundum.*

4 Adducitur † tertio Iulianus, in l. mortis cauſa, 18. §. Titia, ff. de donat. cauſa mortis. ibi: *Et rogauit eam, vt ſi ea deceſſiſſet, illis daret*; &c. vbi mandatum de reddendis alicui tabulis poſt mortem mandantis, tenet. Et Iulianum ſequitur Vlp. in lege tertia, ff. de liberat. legata.

5 Facit † quartò Vlp. in l. furti, 6. §. vlt. ff. de his, qui notantur infam. ibi: *Illud planè addendum eſt, quod interdum, & hæres ſuo nomine damnatur: & ideo infamis fit, ſi in depoſito, vel in mandato malè verſatus ſit*; &c. vbi ſupponit, mandatum tranſire ad hæredes morte mandatarij; conſtat autem mandatum ſimpliciter contractum, morte extingui, vt ſupra probauimus, ergo debet intelligi Vlp. de mandato à principio poſt mortem collato.

6 Quinto † facit argumentum deductum ex l. fundi, 33. §. 1. ff. de acquirend. poſſeſſ. iuncta communi ſententia, quæ per illum dicit, quod mandatum ex cauſa neceſſaria, morte mandatoris non extinguitur, vt tradit gloſ. verbo, conſtat, in l. 2. §. ſi quis donaturus, vbi Bart. ff. de donat. plures refert, per quos communem dicit Couar. pract. capite vndecimo, numero primo, poſt med. ergo in ijsdem terminis, & poſt mortem à principio validum erit: nam in hac materia facilius ſuſtinent Doctores mandatum poſt mortem collatum, quam ſimplex, ſi mors ſequatur, vt patet ex ſupra citatis.

7 Sextò facit † reſponſum Caij I.c. in l. ſi quis alicui, 27. §. 1. ff. mandati, ibi: *Si ſeruum ea lege tibi tradidero, vt eum poſt mortem meam manumitteres: conſiſtit obligatio mandati*; &c. ex quo textu iuncta Rubr. colligitur mandatum poſſe conferri poſt mortem.

8 Denique pro † eadem parte videtur eſſe I.c. Paul. in noſtra l. vlt. in 1. reſponſo, ff. de ſolut. ibi: *Qui mandato meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt*, &c.

9 Verum † ipſe in contrarium procliuior ſum, putoque mandatum regulariter non poſſe ab initio poſt mortem conferri, cum ſimplex morte pereat. Et hanc reſolutionem mihi videtur expreſſim ſequi Iuriſconſ. in noſtra lege vltima, in 2. reſponſo, ibi: *Ei autem, cui iuſſi debitorem meum poſt mortem meam ſoluere, non rectè ſoluitur, quia mandatum morte mandantis diſſoluitur.* Quaſi ita ratiocinetur: mandatum morte mandatoris ſoluitur, ergo in tale tempus ab initio collatum, inutile erit, iuxta regulam, quam tradunt Doctores per text. ibi, in l. quod ſponſæ, 4. C. de donat. ante nupt.

Quam

Digitized by Google

10 Quam † Paulinam deciſionẽ pro defenſione ſuperioris ſententiæ communis, multis euitare nitebantur: nam gloſ. ibidẽ, in primo ſcholio, & verbo, doli mali, in d.l. mortis cauſa, 18. §. Titia, ff. de donat. cauſa mortis, inquit, verba, *poſt mortem*, de quibus in noſtro textu determinare, & reſpicere verbum, *ſoluitur*, non verò verbũ, *ſoluere*: quaſi I.c. velit oſtendere, mandatum quidem eſſe ſimplex, & in vita implendum, verum poſt mortem caſu fuiſſe inutiliter impletum, hucq; tendit emendatio Iacob. Cuiacij dicto lib. 1. Obſer. cap. 38.

Hanc tamen interpretationem non patitur noſtra l. vlt. nam in primo reſponſo agit de mã dato contrahendæ ſtipulationis poſt mortem mandatoris, & in 2. reſponſo aduerſatiuè decidit in terminis ſolutionis recipiendæ: ergo, ut procedat uis aduerſatiuæ, requiritur, quod a principio, quo mandatum interceſſit, mortis fiat mentio, & quamuis Cuiac. etiam literam emendet in primo reſponſo, putãs id aliter eſſe abs re: nihilominus ſuſtinenda eſt, ex infra dicendis. Deinde captioſa eſt Accurtij interpretatio per ſaltum facienda, & Cuiacij correctio improbabilis, non enim credi poteſt incuria Typographorum in eodem textu bis idẽ verbum præpoſtere collocari, præſertim cum nulla ex receptis hucuſque editionibus aliter legat.

11 Vnde † gloſ. in d.l. idemq; 13. ff. mandati, ad aliam explicationem trãſuolat: inquitq; propterea in noſtra l. vlt. in 2. reſponſo, morte mandatoris finiri mandatum à principio poſt mortem collatum, quia non intererat hæredum mandatoris durare. Sed hic ſenſus meram continet cauillationem: nam duratio, vel extinctio mandati poſt mortem, nõn prouenit ex voluntate, vel commodo hæredum mandatoris, ſed ex diſpoſitione iuris.

12 Pro † vera igitur decidendi, & conciliandi ratione, indagandum eſt, quænam ratio ſuaſerit, vt mandatum morte finiretur, ut inde cognoſcamus, an pacto immutari poſſit hæc iuris diſpoſitio, & Doctores in d. §. rectè, Inſt. mandati, in l. inter cauſas, & in l. ſi quis alicui, §. morte, ff. eodem tit. dicunt, quod mandatum ſupponit voluntatem mandantis, & ſuſcipientis mandatum, quæ quidem per mortem ſoluitur, l. 4. ff. locati, vnde nihil mirum, quod mandatum morte diſſoluatur.

Sed rationem, & illationem hanc tutam nõ puto: quia licet mandatum re integra pendeat ex nutu mandantis; ad id tamen requiritur reuocatio, d. §. rectè, Inſt. mandati. At mors non reuocat, ſed tantum ceſſare facit voluntatem, vt notat Couar. pract. cap. 11. num. 2. & ideò, vbi requiritur reuocatio voluntatis, mors non ſufficit ad extinctionem, ut probat l. cum precario, 12. §. 1. ff. de precario, tradit eleganter Couar. lib. 3. var. reſolut. cap. 15. à nu. 1. Nec contrarium euincit d.l. 4. ff. locati, quia locatio, & precarij rogatio, ibidem facta fuit, quoad locans, vel dominus voluerit: & ſic conuentum eſt inter contrahentes; vt ceſſatione voluntatis finiretur; tradit ibi Salic. in princip. Couar. d. cap. 25. nu. 4. cum præced. & hinc etiam eſt, quod licet in vita ceſſet voluntas in mandante (ſi v.g. ceſſet ratio mandati,) adhuc quoad ſuſcipientem durat mandatum, quouſq; reuocetur, probat l. ſi remunerandi, §. ſi tibi mandauero, in fine, ff. mandati. Cum igitur, non ceſſatio voluntatis, ſed reuocatio adimat mandatum, manifeſtè ſequitur, per mortem non tolli, quaſi reuocatum. Aliunde igitur prouenit prædicta iuris diſpoſitio.

Deinde quis inficiari poteſt, quod etſi mandator velit, vt mandatum nondum inchoatũ, executioni poſt mortem ſuam mandetur, nihilominus extinguitur, v.g. ſi in articulo mortis conſtitutus mandator dicat, vt mandatum, quod adhuc inchoatum non eſt, poſt ſuã mortem fiat, quo caſu ſecurè puto, mandatarium exequi non teneri: tunc enim eum ſcientem lex exonerat; immò iubet, ne exequatur: & tamen ſi propter ceſſationem voluntatis mandatoris finiretur per mortem; in hoc caſu ſubſiſteret, mandatore exprimente durationem voluntatis; quæ ſicut quoad alias teſtamentarias diſpoſitiones ſuperſtat, ita & quoad hunc effectum durare diceretur, vt inquit l. 4. ibi: *Cum non appareat mutata eſſe domini voluntas*, ff. de manumiſ. vind.

13 Vnde † pro eruenda vera ratione aduertendum eſt, quod mandatum habet origimem ab officio, & amicitia, probat l. 1. ff. mandati, & propterea gratuitum eſſe debet, vt ibidem infert I.c. nec enim homines gratis aliena negotia curarent, niſi debitum officium, & amicitia id ſuaderet; & ita ad mandatum exequendum certam perſonam ſibi eligunt, cui gratulentur.

Deinde, propterea quis mãdat, vt quod per ſe, vel non poteſt, vel non æquè bene facere, id per alium faciat: habito reſpectu ad ſuam perſonam, cui gratia fit, & ita per ſeipſum facere videatur.

14 Ex † quibus vera eruitur ratio, ob quam per mortem mandatoris finiatur mandatum: nam ſi mandatarius cogeretur poſt mortem mandantis, nondum inchoatum mandatum exequi: iam hæredibus mandatoris, erga quos nullo tenetur, vel amicitiæ, vel officij vinculo, gratis, & coactè impenderet; litibuſque aditus reſeraretur; Inſimul, & iam negocium, quod poſt mortem fit, nequa-

Digitized by Google

quam potuiſſet credi per mandantem fieri, qui iam non eſt, & ſi mandatarius exequi poſſet reluctantibus hæredibus mandatoris, cogerentur ijdem hæredes pati factum eius mandatarij, qui forſan de ipſis male meritus eſt; idque in maximam iacturam rerum hæreditariarum, & publicæ quietis.

15 Vnde † etiam inferes rationem ad l. ſi quis alicui, §. morte, ff. mandati, cum ſimilibus: cur ſcilicet mandatum morte ſuſcipientis diſſoluitur: nam cum iuxta ſupradicta, morte mandantis finiatur mandatum, ne mandatarius gratiam aliquam cum labore ſuo ignotis forſan hominibus ſuppeditet: ita etiam eadem ſuadēte ratione hæres mandatarij non tenetur mandatum exequi, ne mandanti ignoto, aut forſitam male de ſe merito, officium, & gratiam exhibeat: nec ex eadem ratione poterit exequi in præiudicium mandantis: niſi inter eos noua detur conuentio.

16 Et hinc † apparet, quare vtilitatis tantum gratia recipitur, vt per ignorantiam mortis mandatoris ſi mandatarius exequatur; actione mandati agere poſſit; ne videlicet iuſta, & probabilis ignorantia illi damnum afferret, probat Imp. in d. §. recte, verſ. item ſi, Inſt. mandati, l. idemque, §. penult. ff. eodem, aliud quippe ſuadebat ſuprapoſita iuris ratio.

Negotium tamen hic non modicum faceſſit I.c. Iulianus, in l. 4. ff. de manumiſs. vindicta, dum inquit: *Si pater filio permiſerit ſeruum manumittere: & interim deceſſerit inteſtatus; deinde filius ignorans patrem ſuum mortuum, libertatem impoſuerit: libertas ſeruo fauore libertatis cōtingit, cū nō appareat mutata eſſe domini volūtas;* &c. vbi non ex generali Regula, qua vtilitatis gratia mandatum dicitur per mortem mādatoris non perire, ſi mandatarius ignorat: ſed tantum fauore ſui libertas valet, vbi gloſ. verbo, fauore, & Doctores communiter non aduertunt, licet fateantur morte mandatoris mandatum diſſolui, quamuis mandatarius ignoret, quod & ego agnoſco; ſed cur hic ſolus fauor libertatis operatur, quod in d. §. recte, operatur publica vtilitas interueniente ignorantia mandatarij.

Verum omiſſa antinomia d. l. 4. cum l. quæſitum, verſ. Iulianus, ff. qui & à quibus, vbi contrarium dicitur. Reſpondeo, quod ignorantia mandatarij conſideratur, ad effectum conſequendæ actionis mandati, ne ipſi damnum afferret, d. §. recte, Inſt. mandati. Hæc autem ratio militat in eo, qui de ſuo expendit gratia mandantis: non ita in eo, qui manumittit ſeruum proprium mandatoris; & ob id manumiſſio facta poſt mortem mandantis ipſo iure euaneſcebat; nec ignorantia mandatarij aliquid tunc operari poterat, quia nullū damnum patiebatur, ex eo, quod mandatum morte diſſolutum eſſet, libertaſque non competeret. Vnde fauor libertatis neceſſarius fuit, vt ignorantia mandatarij aliquid operaretur. Si vero vltra libertatem aliquid expenderetur à manumittente mandatario, qui ignorauit mortem mandantis; ad iſtius ſatisfactionem, non quidem ſpecialis libertatis fauor, ſed prædicta generalis regula actionem mandati produceret, immò, & vltra fauorem libertatis, & ignorantiam mandatarij, aliquid amplius requiritur in d. l. 4. vt ſtatim oſtendemus.

17 Libertas † autem, quæ competit in d. l. 4. eſt illa, quæ vindicta dicitur competere, de qua ibi agebatur: quæ pleniſſima erat, & ciuitate Romana donabat, Vlp. in fragmentis, tit. 1. §. 1. vbi Cuiac. ad quam concedendam neceſſarium erat plenum ius dominij in manumiſſore, vt inquit Vlp. in fragment. d. tit. 1. §. qui tantum in bonis, cum §. ſeq. notat aliàs Franc. Connan. lib. 2. Comment. iuris, cap. 6. nu. 9. vnde, licet in d. l. 4. pater manumitti iubens dominus non eſſet (morte enim rumpitur dominium, Auth. de nuptijs, §. deinceps, collat. 4. bonus text. in l. 1. ff. de rerum diuiſ.) filius tamen dominus erat, vt innuit I. c. ibi: *Et interim deceſſerit inteſtatus*; &c. ſic oſtendens filium ipſo iure hæredem factum, dominiumque in ſeruo manumittēdo nactum eſſe, argumento l. in ſuis, ff. de liber. & poſth. quod clarius ſuadet Iulianus in eadem l. 4. §. 1. ibi: *Quoties manumittit ſeruum dominus, quamuis exiſtimet alienum eſſe eum; nihilominus verum eſt, volente domino ſeruum manumiſſum eſſe, & ideo liber erit*; &c. Facit text. in l. cum ex falſis, ff. de manumiſs. teſt. vbi propterea ex falſis codicillis libertas data ſuſtinetur, quia à domino data eſt.

Vnde obiter colliges Iulianum, quem I. c. Paul. refert, & ſequitur in l. quæſitum. verſ. Iulianus, ff. qui, & à quibus. (ne aliàs ſibi ipſi refragetur in d. l. 4. cuius etiam autor eſt) debere intelligi de filio, qui morte patris, ei hæres ipſo iure ignorans non extitit, nec conſequenter dominium in ſeruo manumittendo obtinuit: vel quia emancipatus erat, qui vt hæres eſſet, tam ex teſtamento, quam ab inteſtato, adire debebat, vt eſt recepta Bart. doctrina, in l. ventre præterito, vbi omnes, ff. de acquir. hæred. ſequitur Luſitanus Coſta, in repet. §. cum in bello, verbo, bona vendicaret, nu. 2. vel quia exhæredatus. (non loquor de filio in poteſtate in re certa inſtituto, quia tunc temporis teſtamentum taliter conditum iniuſtum erat, & filius ab inteſtato, ipſo iure hæres, & dominus fiebat, vt latè, ac eleganter, vt ſolet, comprobat Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, in re certa, à nu. 4. cum ſeqq.) vnde

dictum

Digitized by Google

dictum ſeruum vindicta manumittendo nihil agebat: nam tunc, nec pater, qui mandauerat, dominus erat, quia mortuus: non filius mandatarius, quia non hæres, aut non hæres ipſo iure: & ita deficiebat dominium, quod in manumiſſore omnino requirebatur, vel in mandante, & quod hæc fuerit mens Iuliani, & Pauli in d. l. quæſitum, verſ. Iulianus, ex eo colligitur, quod ibidem omnino tacet, patrem inteſtatum deceſſiſſe: quod tamen expreſſit in d. l. 4. non quidem de facti contingentia, ſed ad terminos deciſionis.

Et hinc ſubinſertur, quod in terminis d. l. quæſitum, verſ. Iulianus, ſeruus ille, non ſolum non manet manumiſſus vindicta, ſed omninò non liber: vt patet, ibi: *Non fieri eum liberum*, &c. vbi omnimoda libertas negata videtur, atque colliges, quod qui ſuſcipit mandatum ſerui alieni manumittendi, ſi tempore quo manumittit, dominus eſt mortuus, & mandatarius ignorans ipſo iure eiuſdem dominium non adipiſcitur, libertas nullatenus competit, tunc enim libertatis fauor contra regulas manumiſſionum, & mandati, & in præiudicium hæredum non manumittentium, quidquam nō valet operari, vt intendit d. l. quæſitum, verſ. Iulianus, in alijs autem, quæ à mādatario ignorante facta, infecta haberi nequeunt, aliud dicendum erit, & ita maneat non contemnenda conciliatio inter d. l. 4. ff. de manumiſſ. vind. & d. l. quæſitum, verſ. Iulianus, ff. qui, & à quibus, quæ aliàs apertè pugnare creduntur.

18 Vt igitur † reuertamur, vnde digreſſi ſumus, prædicta ratio, ob quam mandatum morte finiri diximus, adeo vera eſt, vt nec pacto fieri poſſit, vt mandatum poſt mortem porrigatur, vt aperit I.c. in noſtra l. vlt. in 2. reſponſo, ne per indirectum contra naturam actus eatur. Sicut aliàs dicimus, ſocietatem, quæ morte cuiuſuis ex ſocijs finitur, §. ſoluitur, Inſt. de ſocietate, cum ſimilibus: non poſſe pacto vltra mortem prorogari, l. adeo, l. nemo, ff. pro ſocio. Nec obſtat d. §. ſoluitur, ibi: *Niſi in coeunda ſocietate aliter conuenerit*; &c. quia debet intelligi, per gloſ. ibidem, verbo, conuenerit, quæ veriſſima eſt, quam ſequuntur Balduin. & Hottoman. ibi, Connan. lib. 7. Comment. cap. 11. nu. 16. Duar. in tit. de ſocietate, cap. 3. Gratus, conſ. 16. à nu. 7.

19 Et quod † non debeat natura actuum ciuilium, quæ iuris publici eſt, priuatorum pactionibus immutari, probat eleganter Vlp. in terminis ſocietatis, in l. cum duobus, 52. §. idem reſpondit ſocietatem, ff. pro ſocio, dum inquit: *Idem reſpondit, ſocietatem non poſſe vltra mortem porrigi: & ideo nec libertatem de ſupremis iudicijs conſtringere quis poterit, vel cognatū vlteriorem proximioribus præferre*; &c. nam omiſſo gloſſæ intellectu ibidem, verbo, ideo: omiſſa itidem expoſitione Iacobi Cuiacij, lib. 10. Obſeruat. cap. 25. vtpote, quia cum ſocietate non cohærent verba illa, *& ideo*, &c. & præſertim illa, *vel cognatum vlteriorem*; &c. nam partes non conueniebant de faciendo certo hærede, in quem ſocietas tranſiret, nec id ex text. colligitur; ſed tantum agebatur vt ſocietas, morte non ſolueretur, ſed vltra porrigeretur ad quoſuis hæredes, & ſi de prorogatione ſocietatis in certos hæredes ageretur, ob idque frangi libertatem ſupremi iudicij oſtendere intenderet I.c. (vt conſiderat Cuiac. d. cap. 25.) non apte dicit, *& ideo* &c. ſed potius diceret, *Quia nec libertatem*; &c. ſed profecto I. c. ibidem non aſſignat rationem præcedentis deciſionis, ſed potius ex ea infert ad alia.

Vnde mens Papiniani ab Vlp. relati in d. §. idem reſpondit, ea fuit, vt cum certo ſciret ſocietatem morte diſſolui: nec pactione fieri poſſe, vt vltra mortem protenderetur, d. l. adeo, ff. pro ſocio, volens aſſignare rationem ob quam vltra mortem ſocietas pactione non porrigatur; cauſatur legalem naturam ſocietatis; quę quidem Papiniani ratio ſupprimitur in d. §. idem reſpondit, & manifeſtè colligitur ex illatione, quam facit ibi: *& ideo*; &c. quaſi dicat, cum natura ſocietatis ſit, ne porrigatur vltra mortem, idque ius introduxerit: priuatorum conuentiones nihil poterunt in contrarium operari: & inde ſequitur, quod etiam priuatorum pactiones nihil immutabūt de libertate ſupremi iudicij, ob naturā illius, quæ ex diſpoſitione iuris liberè deambulat vſque ad ſupremum vitæ exitum, l. 4. ff. de adim. legat. nec etiam legitimus ordo ſucceſſionis ab inteſtato, præferendo cognatum vlteriorem proximiori, iiſdem pactionibus poterit inuerti. Vnde à ſimili poſſet inferri ad noſtros terminos, quod videlicet, cum natura mandati ſit, vt morte diſſoluatur, nec etiam pactione vltra porrigi poterit, vt argumentatur noſtra l. vlt. in 2. reſponſo, ne per indirectum ciuilis natura actus frangatur.

20 Non eo † tamen inficias, quod ſi in ſocietate conueniat, vt ſit certus hæres, ad habilitanda requiſita ſocietatis, & ita vltra mortem porrigatur; etiam talis conuentio ſit inualida, ex ratione gloſ. d. verbo, ideo, in d. §. idem reſpondit, & Cuiacij, d. c. 25. quamuis denegem id deduci ex d. §. idem reſpondit; Vnde etiam aduerterem, quod ſi in forma mandati partes de certo hærede conueniſſent, cui etiam mandatarius eſſet amicitia coniunctus, & officio teneretur, adhuc talis pactio, vt mandatum ita vltra mortem porrigatur, inutilis eſſet, ne per indirectum ſupremi iudicij libertas frangeretur.

Tandem,

21 Tandem, quod † mandatum non poſſit vltra mortem porrigi, ex eo ſuadetur: quia naturalia actus non poſſunt immutari, aut tolli, quin vel actus corruat, vel alius cenſeatur celebratus, vt probat §. de illa, Inſt. de ſocietate, ibi: *Contra naturam ſocietatis talem pactionem eſſe exiſtimauit; & ob id non eſſe ratam habendã*; &c. text. in l. cum manu ſata, §. vlt. ff. de contrah. empt. eſt enim de natura emptionis, & venditionis, vt dominiũ poſſit acquiri emptori, vt alios referens tradit patruus meus Arius Pinellus, in Rubr. C. de reſcind. vend. 2. parte, cap. 3. nu. 16. & propterea inter modos acquirendi dominium numeratur, §. venditæ, Inſt. de rerum diuiſ. & inde eſt, quod ſi venditor dominus eſt, ſtatim dominium transfert in emptorem: ſin minus, vſucapiendi conditionem, qua mediante emptor dominus fit. l. clauibus, ff. de contrah. empt. non autem dico, quod dominium ſemper, & omnino in emptorem transferatur; id enim nec eſt de ſubſtantia, nec de natura venditionis, vt patet ex l. rem alienam, ff. de contrah. empt. ſed tantum, quod poſſit transferri; & ita ceſſant, quæ ex multis contra inductionem d. l. cum manu ſata, §. vlt. conſiderat Vallaſcus Luſitanus, I. c. in tract. de iure emphyt. q. 19. nu. 2. Vnde pactũ contra potentiam translationis dominij, vt pote contra naturam venditionis, non valet, vt eleganter decidit I. c. in d. §. vlt. dum inquit: *Nemo poteſt videri eam rem vendidiße, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem tranſeat: ſed hoc aut locatio eſt, aut aliud genus contractus*. Ex quibus colligitur, quod cum natura mandati ſit, vt morte diſſoluatur, pacto immutari nequit, manente mandato.

22 Ceterum obſtant † plura, quibus probari videtur naturalia contractuum alterari poſſe, actu ipſo illæſo manente; & in primis, text. in l. emptorem. §. vlt. ff. de actionibus empti, vbi dicitur, poſſe remitti actionem de euictione, quam cõſtat eſſe de natura venditionis, de in text. in l. 1. & l. 2. C. de iure emphyt. vbi Imp. Zeno, poſtquam naturalia emphyteutici contractus propoſuit, ſtatim ſubiungit, hęc ita obſeruari, niſi aliter à partibus conuentũ fuerit; quia hoc ſeruandum dumtaxat eſt. Quibus & multis alijs, quæ maiorem vim non faciunt, ita tenuerunt repetentes, in l. pacta conuenta, ff. de contrah. empt. vbi Berengar. Fernand. Mudeus, & alij, Faneiſc. Curtius iun. in tract. feudorum, 1. parte, cap. 7. nu. 30. ad fin. Porcius, in §. præterea, num. 4. Inſt. quibus modis &c.

Et quamuis in hac materia, generalem aliquam regulam, vel doctrinam conſtituere nõ audeat, & conſtitui non poſſe audenter dicat doctiſſimus noſter Luſitanus Vallaſcus, d. tract. de iure emph. quæſt: 19. nu. 7. ego tamen ita reſoluendum puto: quod aut naturalia contractus à lege ſunt diffinita ſimpliciter, & abſolutè: aut in defectum priuatæ conuentionis, quam, ſi interueniat, voluit lex pro natura contractus haberi.

In primo membro aſſero, pactum contra naturalia contractus, qui geritur, nullius momenti eſſe, nec actum manere, prout geritur, quidquid dicant ſupra relati Doctores: nam cum ſupponamus, eſſe abſolutè, & ſimpliciter naturalia actus, quæ tunc parum differunt à ſubſtantialibus (hæc enim eſſentiam rei conſtituunt, illa eſſentiam comitantur) priuatorũ pactio nihil poterit immutare; ſed, vel ſuſtinebitur actus, irrito effecto pacto, vel actus ipſe corruet, vel tandem alius cenſebitur celebratus; & ita procedit d. l. cum manu ſata, §. vlt. ff. de contrah. empt. §. de illa, Inſt. de ſocietate, & cum conſtet naturam ſimplicem, & abſolutam mandati eſſe, quod morte diſſoluatur, conuentio partium in contrarium, nihil obtinebit, noſtra l. vlt. in 2. reſponſo, ff. de ſolutionibus.

23 In ſecundo † verò membro, priuatorum pactiones ſeruabuntur eodem actu manente: non quod valeant contra naturalia actus, ſed quod naturalia aliàs aſſignata tunc ceſſent, priuatis aliter diſponentibus: nam hæ priuatæ conuentiones vicem naturalium ſubibunt; & ita procedit l. 1. §. ſi cõueniat, ff. depoſiti. & d. l. 1. & l. 2. C. de iure emphyt. vt ad illas elegãter aliàs aduertit Vallaſc. d. tract. de iure emphyt. q. 4. n. 3. & ita etiam intelligitur text. in l. diem proferre, §. 1. ff. de arbitris. cum multis alijs.

Ex quibus † colligitur, quod priuatæ pactio-
24 nes in conflictu cum naturalibus actus, qui geritur, nequaquam naturalibus derogant: ſed vel actum ruere, vel alium manere. Nec obſtat l. emptorem, §. vlt. ff. de act. empt. non enim dicit, ſimpliciter poſſe renunciari actioni de euictione, quatenus continet pretij dati repetitionẽ, ſed tantum quatenus continet intereſſe, vltra datum pretium; in quo quidem pugnat pro nobis: nam naturale venditionis eſt, vt re euicta pretium repetatur, & ob id conuentio partium non poteſt aliter ſtatuere, d. §. vlt. ibi: *Et ſi apertè in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præſtitum iri: pretium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi*. &c. intereſſe autem, & vtilitas, quæ quodammodo debetur ex tacita conuentione partium, potius quid accidentale, quam naturale contractus illius eſt: vnde nihil mirum, quod poſſit contraria conuentione tolli.

25 Conſtat igitur, mandatum † morte diſſolui, nec vltra porrigi vlla conuentione poſſe, ex ijs, quæ prædiximus.

Ad-

Aduertendum tamen eſt, quod ſi poſt mortem mandantis poſſit reſpectu eiuſdem conſiderari ſpecialis aliqua gratia, bene poterit tūc mandatum vltra mortem porrigi. quo caſu magis operatur actus natura, quam pactio: exempli gratia, ſi agatur de negotio reſpicien te cadauer mandantis, & illius memoriam: nam cadaueri poteſt fieri iniuria, vt probatur ex l. 1. verſ. & ſi forte, ibi: *Cadaueri defuncti ſit iniuria*, &c. & verſ. quoties, ibi: *Quoties autem funeri teſtatoris, vel cadaueri ſit iniuria*, &c. & ibi: *Iulianus ſcribit, ſi corpus teſtatoris ante aditam hæreditatem detentum eſt*; &c. ff. de iniurijs; & ob id dicebat Ripa, in l. vlt. num. 38. C. de reuocand. donat. quem ſequitur Hiſpanus Molina, lib. 1. de primogen. cap. 9. nu. 45. quod donatarius, qui defuncti donatoris memoriæ, vel cadaueri facit iniuriam, manet indignus donatione, fiſco poſtea applicanda; quam iniuriam, licet agnoſcat Luſitanus Petrus Barboſa, in l. ſi ab hoſtibus, §. vlt. nu. 13. ff. ſoluto matrim. non ob id tamen donationem auferendam putat. Et generaliter, mortuo iniuriam irrogari poſſe, tradit Decius, in l. 2. num. 12. cum præced. C. qui teſtam. facere poſſ. & omnes communiter admittunt.

26 Cum igitur † iniuria fieri poſſit memoriæ, & cadaueri, v. g. in non ſepeliendo, iuxta d. verſ. quoties, & ea, quæ tradit Ioannes Garcia Tract. de expenſis, cap. 8. num. 5. Per contrarium poterit conſiderari gratia, & amicitia in ſepeliendo, iuxta illud Regum 2. cap. 2. ibi: *Benedicti vos à domino, qui feciſtis miſericordiam hanc cum domino veſtro Saul, & ſepeliſtis eū*; &c. Faciunt, quæ tradit Spino. de teſtamentis, gloſſ. 2. in princip. num. 2. latè Hiſpanus etiam Pichardo, in §. cum autem, à num. 5. Inſt. de lege Falcid. elegantiſſimè Petrus Faber lib. 2. Semeſtrium, cap. 1. à medio, vſque ad finem; & id tradiderat Vlp. in l. at ſi quis, 14. §. ſed interdum, ff. de relig. & ſumpt. funer. ibi: *Vtrum negotium quis vel defuncti*, &c. vbi in funerando adhuc negotium defuncti dici poteſt. Vnde, cum adhuc poſt mortem in his terminis poſſit conſiderari reſpectu defuncti mandatoris, gratia, amicitia, officium, ac negotium, bene poterit mandatum vltra mortē tunc porrigi; & ſic procedit Vlp. in l. ſi verò non remunerandi, 12. §. vlt. ff. mandati, dum inquit: *Idem Marcellus ſcribit, ſi vt poſt mortem ſibi monumentum fieret, quis mandauit, hæres eius poterit mandati agere*; &c. Cuius deciſionis ratio eſt: quia cum monumentum habeat reſpectum ad cadauer, & memoriā mandantis, circa quæ poſt mortem poteſt conſiderari gratia, officium, & negotium ex parte mandatarij, bene tunc poterit mandatum vltra mortem porrigi; ceſſat enim in his terminis ratio prohibitionis, de qua ſupra latè egimus, ob quam mandatum non poterat vltra mortem protendi.

27 Et hinc † etiam ab ſpeciali probatur, nulla conuentione fieri poſſe, ut mandatum poſt mortem duret. Nec iam obſtabit l. idem eſt, 13. ff. mandati, vbi ita ſcribit Caius, *Idem eſt, & ſi mandaui tibi, vt poſt mortem meam hæredibus meis emeres fundum*. Quibus verbis apertè oſtendit, mandatum porrigi vltra mortem mandatoris: nam occurrendum eſt, quod quā do dicimus, mandatum non poſſe vltra mortem porrigi, intelligimus de eo, quod fit gratia mandantis, ne mandatarius cogatur in dubio gratiā, & officium reſpectu vnius initum, erga ignotos, & forſan de ſe male meritos exercere. At in d. l. idem eſt, ſtatim ab initio mandatum emanauit reſpectu hæredum (quæ hæredum mentio mortem præſupponit mandatoris, iuxta l. qui ſuperſtitis, ff. de acquir. hæred. l. 1. ff. de hæred. vel act. vend.) & in eorum gratiam, ac fauorem; quamuis interim ſint incerti, argumento text. in §. hoc amplius, Inſtit. de rer. diuiſ. conſtat enim tunc mandatum iuris cenſura, quaſi à futuris hæredibus fieri, & ideo in terminis d. l. idē eſt, puto hæredes mandatoris re integra mandatum reuocare poſſe, quaſi ipſi mandaſſent, & idem dicendum eſſet in d. l. idem eſt, quamuis in ea non fieret mentio mortis mandatoris: tum, quia mentio hæredum id ſupponit, vt notauimus: tum vel maximè, quia mandatum ibi non tam ſuſtinetur, quaſi poſt mortem mandatoris porrectum, quam quaſi ab hæredibus inceptum.

28 Nec obſtat † primò regula l. ſi pactum, 9. ibi: *Quia plerumq; tam hæredibus noſtris, quam nobiſmet ipſis cauemus*. ff. de probationibus, conſtat autem ex relata l. idem eſt, quod ſpecialiter poſſumus emittere mandatum in fauorem hæredum, ergo idem dicendum in dubio videbatur, quando vltra mortem mandatum ſimpliciter porrigitur. Reſpondendum etenim eſt, præfatam regulam limitari in actibus, qui ſuaptè natura non ſunt tranſmiſſibiles ad hæredes, vt notat gloſ. vltima, ibidem, & communiter Doctores, & ſat innuit I. c. dum vtitur verbo, *plerumq;*, quod multoties regulam limitari demonſtrat, quamuis pluries obtineat, vt probat l. plerumq; 10. ff. de iure dot. l. nec in ea, 22. §. vlt. ad fin. ff. ad legem Iul. de adulter. cum alijs. At d. l. idem eſt, propterea aſſerit, mandatum, de quo ibi, hæredibus prodeſſe, quia ab ipſis factum creditur, non verò à defuncto tranſmiſſum.

29 Nec † tandem obſtat ſimilitudo ſocietatis, quæ, vt ſupra notauimus, non poteſt celebrari pro hæredibus: nam licet verum ſit, quod ſicut ſocietas nō poteſt pacto porrigi vltra mortem cuiuſ-

cuiuſuis ex ſocijs; ita nec mandatum vltra mandatoris; & ſicut in ſocietate non poteſt conuenire ſuper certo hærede, ita nec in mandato ſuper certo hærede; ne libertas ſupremi iudicij frangeretur, vt notarunt multi, ex l. cũ duobus, §. idem reſpondit, ff. pro ſocio, quos ſupra citauimus. Attamen quando mandatum à principio fit gratia hæredum, quicunque illi fuerint, maximè differt à regulis ſocietatis, propter diſparitatem rationis: nam ſocietas requirit induſtriam, & conſequenter perſonam certam: cum ſocio ſuperſtiti, maximo detrimento eſſe poſſit quilibet ſocius ſuperueniens, ignotus, & minus induſtrius. At in mandato reſpectu hæredum incertorum, nullum mandatarius damnum patitur; immo dumtaxat gratiam exercet.

30 Videamus† interim, ad quam nam ſpeciem mandati pertineat hoc, quod gratia hæredum poſt ſuam mortem mandator exequi iuſſit? & inter alia mandatorum genera, de quibus I.c. in l. 2. ff. mandati, tria ſunt, ad quorum quoduis debet referri hoc, de quo agimus. v. g. vel *mea gratia*; vel *aliena*; vel *mea, & aliena ſimul*. Ex ſupradictis colligitur, non poſſe eſſe *mea gratia* tantum; quia aliàs poſt mortem meam finiretur negotio adhuc integro. Deinde non *aliena* tantum; non enim poteſt quis mandare, vt poſt mortem ſuam aliquid aliena gratia fiat; iam enim tunc temporis extincta eſt perſona, cui primò, & principaliter officiũ, & amicitia præſtabatur, iuxta ſupra dicta. Reſtat igitur, vt cenſeatur mea, *& aliena gratia*, initum. Dixi (*mea*); quia quodammodo in hæredibus viuimus, dum ab illis repræſentamur, iuxta Auth. de iureiur. in princip. collat. 5. & quia mea contemplatio à parte rei per mortem erat extincta, ſubiunxi, *aliena*, vt ita cenſeretur mixta conſideratio perſonarũ; in quo tamẽ datur ſpecialis prærogatiua, quod quamuis mandatum gratia noſtra, & aliena celebratum, non poſſit ſimplicer poſt mortem conferri, iuxta ſupradicta: nihilominus tamen hoc, quod gratia hæredum fit, vltra mortem porrigatur; quaſi perſonæ hæredum per anticipationem fictionis (qua mandatorem referunt) mandare credantur.

Ex quibus ad interpretationem d. l. idem eſt, dictis colligitur Prima limitatio ad noſtrã l. vlt. in 2. reſponſo, ne procedat, quando ſimpliciter mandatur negotium hæredum.

31 Non † obſtat deinde noſtræ reſolutioni Iulianus I.c. in l. mortis cauſa, 18. §. Titia, ff. de donat. cauſa mort. vt ſupra in initio obiecimus, & ponderauimus; vbi mandatum poſt mortem mandatoris exequendam vires habuiſſe ſupponitur.

Etenim, vt Vlpianus quoque tradit in l. 3. ad finem, ff. de liber. legata. (vbi Iulianum refert, & ſequitur) quando quis cauſa mortis donaturus tradit chirographa alicui, eadẽ poſt mortem reddituro debitoribus ex mandato donantis: non quidem mandare poſt mortẽ, ſed quodammodo legare liberationem videtur; cùm donare cauſa mortis intendat: & ex Iuliani ſententia donationes cauſa mortis legatis annumerentur, vt probat l. Marcellus, §. vlt. iuncta epygraphe, ff. de donat. cauſ. mort. idque teſtatur Iuſtinian. in Auth. de donat. cauſa mort. in princip. collat. 6. aduertit Eduardus Caldeira lib. 4. var. lect. cap. 2. nu. 1. ſentit Vlpian. in d. l. 3. dũ pro regula tradens liberationem poſſe legari; ſubiungit caſum donationis cauſa mortis, quaſi etiam liberatio donari cauſa mortis poſſit, & vim fideicommiſſi contineat. Vnde in d. §. Titia, non ex viribus mandati executioni poſt mortem traditi, hoc eſt, ex redditione chirographorum, competit debitori exceptio contra hæredem defuncti petentem debitum; ſed potius ex voluntate defuncti cauſa mortis donantis: & ideo conſtito de voluntate, idem effectus reſultaret, quamuis chirographi redditio poſt morte non mandaretur.

Ex quibus colligitur ſecunda limitatio ad noſtram l. vlt. in 2. reſponſo, ne procedat, quando mandatum vltra mortem porrectum, non quatenus mandatum, ſed quatenus ſpecies vltimæ voluntatis, exitum habet, & ita procedit d. §. Titia, dum agit de remiſſione debiti per donationem cauſa mortis; licet chirographi redditio poſt mortem fieri mandetur, & innuit ibidem Imola, nu. 6.

32 Huic † tamen interpretationi d. §. Titia, maximè refragatur text. in l. cum pater, 77. §. Mæuio, ff. de legatis 2. vbi ita ſcribit Papinianus. *Mæuio debitori ſuo reus ſtipulandi mandauit, vt Titio cui mortis cauſa donabat, pecuniam debitam ſolueret. Cum ſciens dominum vita deceſſiſſe Mæuius pecuniam dediſſet, non eſſe liberationem ſecutam conſtitit; nec ſi Mæuius ſoluendo non eſſet, in Titium actionem ſolidi, vel iure Falcidiæ dandam eſſe: quia mortis cauſa cepiſſe non videretur. Diuerſum probandum foret, ſi Mæuius ignorans dominum vita deceſſiſſe, pecuniam errore lapſus dediſſet, tunc enim portio iure Falcidiæ reuocaretur.* Vbi in terminis mandati emiſſi donationis cauſa, ea omnia ſeruantur, quæ aliàs in ſimplici mandato ſunt conſtituta: vt videlicet mandatarius non niſi ignorans illud poſt mortem exequi valeat, contra id, quod notauimus ex d. §. Titia.

Gloſ. verb. donabat. in d. §. Mæuio, quam ibidem ſequitur Imola, nu. 8. & reliqui ordinarij interpretes; propterea ibi ita decidi putat, quia mandatum ſimplex erat, & conſequenter

quenter morte diſſoluendum: ſecus, ſi vltra mortem mandatum porrigeretur.

Sed hæc interpretatio reijcienda eſt; tum quia ex dictis conſtat, mandatum, quod morte finitur, vltra pacto prorogari non poſſe: tum vel maximè, quia licet teſtator in terminis, & tempore d. §. Mæuio, tale mandatum poſt mortem contuliſſet, nihil amplius operaretur, vt ſtatim probabimus.

33 Vnde † pro vera interpretatione d. §. Mæuio, & conciliatione cum d. §. Titia, aduerte, quod ad effectum, vt donatio cauſa mortis attento tempore ff. valeret, etiam ſecundum opinionem Iuliani, qui eam legatis æquabat, vt diximus, requirebatur rei donatæ traditio, ſentit Couar. in Rubr. de teſtam. 3. parte, nu. 14. Imola, in d. §. Mæuio, nu. 8. vbi gloſ. & reliqui ordinarij. Eduard. Caldeira, lib. 4. var. lect. cap. 2. nu. 3. ad finem, quamuis poſt conſtitutionem l. vlt. C. de donat. cauſa mort. inſtar legatorum omninò ſit, ita vt non indigeat donatarum rerum traditione, vt iijdem Doctores tradunt; vel etiam tanquam quælibet aliæ donationes de iure nouo ſuſtineatur ſine traditione, iuxta nouam conſtitutionem in l. ſi quis argentum, §. vlt. C. de donat. lata Doctorum allegatione comprobat Mich. Craſſus, in §. donatio cauſa mortis, quæſt. 8. à principio, licet adhuc hodie vacillet Imola, d. numero 8.

34 Cum autem † in terminis d. §. Mæuio, ſummæ cauſa mortis donatæ traditio facta non eſſet, donatio omnino irrita efficiebatur; cum tempore mortis donatoris, à quo illa vires per fectè ſumit, non extaret res donata penes donatarium. Vnde idem reſoluendum erat, licet mandatum, de quo in d. §. Mæuio, ab initio etiam poſt mortem protenderetur, adhuc enim tunc aderat iuris diſpoſitio, quæ eo caſu frangebat donationem cauſa mortis, re inuita non tradita.

35 Nec † obſtat text. in l. Miles ad ſororem, 75. ff. de legat. 2. vbi idem Papin. ita ſcribit: *Miles ad ſororem, epiſtolam, quam poſt mortem ſuam aperiri mandauit, talem ſcripſit: ſcire te volo donare me tibi aureos octingentos, fideicommiſſum deberi ſorori conſtitit,* &c. vbi teſtator vtitur verbis donationem denotantibus, cum mentione mortis, & ita videbatur inducta donatio cauſa mortis, argumento l. mortis cauſa, 18. §. Titia, ff. de donat. cauſa mort. & tamen valuit abſque traditione ſummæ donatæ, ergo, &c. Nec id ad priuilegium militare referendum eſt; cum ſimiliter decidat in paganis id Papin. in d. l. cum pater, §. donationis prædiorum, ff. eodem tit. & innuit text. in d. l. miles, ibi: *Nec aliud probandum in cuiuslibet ſuprema voluntate*; &c. vbi ex Azone ita notat ibidem gloſ. verbo, nec aliud, cum ſeq.

Reſpondeo igitur, ibi non fuiſſe ortam dubitandi rationem ex verbis donationem redolentibus, ſed potius ex eo, quod referrentur ad eundem honoratum; an videlicet id impediat, quo minus fideicommiſſum intelligatur? & negatiue reſpondet ibidem, & in d. §. donationis prædiorum, vbi ſimilem excitauit quæſtionem. Cur igitur ſupponit tanquam certum, ex prædictis verbis fideicommiſſum naſci, non vero donationem cauſa mortis? vt in d. l. mortis cauſa, §. Titia, Reſpondeo, id ex eo prouenire, quia teſtator contulit ſuam diſpoſitionem in ſcripturam, quam poſt mortẽ ſuam aperiri mandauit, in quo viſus eſt condere ſpeciem vltimi elogij, videlicet fideicommiſſum. Nec verbum donationis, repugnat, cum etiam legatum, & fideicommiſſum reſpiciat, §. 1. Inſt. de legatis, notat Imola, in d. l. miles, nu. 2. & reliqui. At in d. §. Titia, teſtatrix manifeſta forma donationis cauſa mortis vſua eſt, vt patet ibi: *Et rogauit eam, vt ſi ea deceſſiſſet, illis daret: ſi conualuiſſet, ſibi redderet*; &c. iuncto §. 1. Inſt. de donationibus.

36 Illud tamen † obiter colliges ex d. l. miles, & d. §. donationis prædiorum, quod licet ſpecies aliquot vltimarum voluntatum ſub forma mandati tegantur, vt patet in d. l. miles, ibi: *Quam poſt mortem ſuam aperiri mandauit*; &c. & in d. §. donationis, non proinde tamẽ eſt, nec dicitur mandatum vltra mortem porrectum: ſed potius fideicommiſſum, vel quidquid à parte rei eſt.

37 Conſtat † igitur in d. l. cum pater, §. Mæuio, ff. de legat. 2. propterea non valere donationem cauſa mortis, quia dum teſtator vixit, ſumma donata tradita non eſt, vt requiri probauimus. At in d. l. mortis cauſa, 18. §. Titia, ff. de donat. & in d. l. 3. ff. de liberat. legata, propterea valuit, quia agebatur de remiſſione debiti, quo tenebatur donatarius, & ita traditio non requirebatur. Redditio autẽ chirographorum ſolum probabat volũtatem remittentis, non verò principaliter operabatur validitatem donationis cauſa mortis: quæ in his terminis ſola acceptatione confirmabatur.

38 Vnde † cum hodie donatio etiã cauſa mortis ad ſui validitatem non requirat traditionẽ, vt probant quos ſupra citauimus; iam non procedet d. §. Mæuio, immò, donatio cauſa mortis, de qua ibi, omninò valebit; vt aliàs deciſum erat in d. §. Titia, quem explicauimus.

39 Mirum † tamen eſt, quod in terminis d. §. Mæuio, ſi ſolutio fiat donatario per mandatarium ignorantem mortem donatoris mandantis defuncti, ſuſtineatur tunc donatio cauſa mor-

ſa mortis; mouet dubitandi rationem, quod ſolutio per ignorantem mandatarium facta, non inducit donationem cauſa mortis, ſed inductam confirmat; ergo donatio durabat adhuc, & conſequenter etiam ſciente mandatario facta ſolutio, illam perficiet, argumento l. fundi, 33. §. 1. ff. de acquir. poſſeſs. & ita notat Imol. in d. §. Mæuio, num. 8. vltra alios ibidem.

Ceterum reſpondetur, longam dari differentiam inter vtrumque caſum: nam, licet vtrobique conſtet de voluntate defuncti, propterea tamen ſolutio per ignorantem mandatarium facta, perficit donationem, quia cum ipſe mandatarius rectè exequatur mandatum, quod non putat extinctum, omnia ita manēt, ac ſi mandatum ritè impleretur, §. rectè, Inſt. mandati, cum ſimilibus. Vnde nihil mirum, quod in terminis d. §. Mæuio, donatio cauſa mortis teneat: cum mandatarius ignoranter ſoluens, liberetur ab obligatione, qua tenebatur, vel regreſſum habeat ad hæredes mandantis, ex ratione d. §. rectè, & donarius ſecurus manet, quia pro ſe habet voluntatem defuncti (quæ quidem non reuocauit mandatū, vt perperam opinantur Doctores in d. §. Mæuio, vbi Imol. d. nu. 8. alioquin non ſubſtiteret donatio, nec ignorantia mandatarij ei prodeſſet) & ita contra hæredes defuncti ſe exceptione tuetur; ſolumque tolerabit detractionem Falcidiæ, vt inquit d. §. Mæuio. At quando mandatarius ſcit mortem mandatoris donantis, & nihilominus ſoluit: cum ſciat, vel ſcire debeat mandatum eſſe extinctum: nec liberatur ab antiquo debito, quo tentus erat, nec obligat hæredes mandantis: & ideo merito inquit text. in d. §. Mæuio, quod dicti hæredes agere poſſunt contra mandatarium ex antiqua obligatione, quamuis ſoluerit. Nec enim excuſari poteſt ex eo, quod hæredes tenerentur donationem explere, etenim replicatur, hæredes nulla actione teneri ad tradendam ſummam donatam, cum hoc tempore quælibet donatio eſſet pactum nudum, ſolamque retentionem, & exceptionem producere poſſet, quando traditione rei veſtiebatur: & conſequenter apparet nullum negotium hæredum à mandatario geſtum eſſe. Et inde eſt, quod ſi mandatarius ſcienter ſoluens, aliàs nō ſit ſoluendo pro antiqua obligatione, hæredes adhuc non poterunt agere aduerſus donatarium ad repetendam totam ſummam ſolutam, quia tunc videtur capere ex ſimplici donatione mandatarij, vt inferius notabimus. Nec itidem ad detrahendam Falcidiam, vt ſubiungit d. §. Mæuio, ibi: *Nec in Titium actionem ſolidi, vel iure Falcidiæ dandam eſſe*; &c. Rationem reddit Papin. ibi: *Quia mortis cauſa cepiſſe non videretur*; &c. Secundum quę ceſſat admiratio gloſ. verbo, reuocaretur, in d. §. Mæuio, quatenus videt donationem cauſa mortis ſuſtineri ibidem ex ignorantia mandatarij, ſic limitata regula l. iniquiſſimum, ff. de iuris, & facti ignor. quia ex dictis conſtat ignorantiam mandatarij non prodeſſe principaliter donatario, ſed in conſequentiam: nam cum mandatarius ignorans liberetur ab antiqua obligatione, vel obliget hæredes mandātis (iuxta §. rectè, Inſt. mandati, cum vulgaribus) & hæredes non poſſint repetere à donatario, qui habet pro ſe voluntatem donantis iuxta ſupra dicta, merito indirectè, & in conſequentiam donatario prodeſt ignorantia mandatarij.

40 Hic obiter † quærendum eſt, an mandatarius ſcienter ſoluens in terminis d. l. cum pater, §. Mæuio, ff. de legatis 2. poſſit repetere à donatario; ſi quidem non liberatur ab antiqua obligatione, qua tenebatur? & reſolutiue dicendum puto, non poſſe: quia cum ſcienter ſoluit, quod ſoluere non debet, donare pręſumitur, iuxta regulam l. cuius per errorem, ff. de regulis iuris, quod innuit text. in d. §. Mæuio, dum inquit, quod etſi mandatarius non ſit ſoluendo, non poſſunt hæredes mandatoris repetere à donatario; eleganter notat Imola, ibidem, d. nu. 8. quod tamen text. non diceret ſcilicet mandatarium non eſſe ſoluendo, ſi potuiſſet repetere à donatario. Quod declara, niſi per ignorantiam iuris mandatarius ſoluerit; tunc enim repetet, per text. in l. error facti, verſ. vlt. ff. de iuris, & facti ignor. ibi: *Ceterum omnibus iuris error in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet*; Notat in terminis gloſ. verbo, dandam, in d. §. Mæuio, vbi Imola, nu. 9. & reliqui.

41 Non † obſtat tertio principaliter text. in l. furti, 6. §. vlt. ff. de his, qui notantur infamia, vt ſupra in initio ponderauimus: nam in primis text. loquitur de hærede mandarij, non verò de hærede mandantis, cum mandans, & eius hæres, ſolo contrario iudicio conueniri poſſint, l. ſi non remunerandi, §. contrario iudicio, ff. mandati. At qui contrario iudicio damnatur, non notatur infamia, d. l. furti, §. vlt. verſ. vlt. Cum igitur d. §. vlt. loquatur de hærede mandatarij, ſupponendum eſt, mandatarium inchoato nondum perfecto negotio deceſſiſſe; quo caſu eius hæres complere tenetur, & tunc ſi hæres in complendo dolosè verſatus ſit, fit infamis, vt inquit d. §. vlt. & quod in his terminis loquatur, ex eo facile ſuadetur: quia text. ſimplicem facit mentionem mandati, & regulare eſt, quod re integra morte diſſoluitur, §. rectè, Inſt. mandati. Nec obſtabit idem text. in §. vlt. verſ. non tamen,

vbi

vbi excipit hæredem tutoris,& ſocij,ex ratione, quam ſubijcit ibi: *Quia hic hæres, nec in tutelam, neque in ſocietatem ſuccedit*; &c. quaſi differentiam conſtituat inter hæredem mandatarij, & inter hæredem tutoris, & ſocij, differentiam etenim agnoſcimus;non quidem generalem, (quia etiam mandatum re integra ex parte mandatarij finitur, l. ſi quis alicui, §. morte, ff. mandati.) ſed in terminis, de quibus ſupra, videlicet, quando negotium cœpit fieri à mandatario, tunc enim eius implementum tranſit in hæredem: at tutela, & ſocietas, nullo modo in hæredes traducitur.

42 Non obſtat † quartò principaliter argumentum deductum ex l. fundi, 33. §. vlt.ff.de acquir. poſſeſs. vt videlicet ſicut ibi morte nõ finitur ſimplex mandatum; à fortiori non diſſoluatur, quod ab initio vltra mortem ex conuentione porrigitur: nam pro reſponſione in primis indaganda obiter eſt interpretatio d. l. fundi, §. vlt. vbi ita ſeribit Pomp. I. c. *Item ſi amicus venditoris, mortuo eo prius quam id ſciret, aut non prohibentibus hæredibus id fecerit; rectè poſſeſſio ei tradita eſt, ſed ſi id fecerit, cum ſciret, dominum mortuum eſſe: aut cum ſciret hæredes id facere nolle: contra erit*: vbi Bart. Paul. & reliqui notarunt, mandatum morte mandantis non finiri, ſi proueniat ex cauſa neceſſaria; innumeros, per quos eſt communis ſententia refert, & de communi teſtatur Couar. practicarum, cap. 11.nu.1.

Verum hæc communis concluſio ab eodem fonte refellitur, vbi Pomp. vt mandatum omnino non expiret, apertè requirit, vt mandatarius ignoret mortem defuncti: aut ſi illam reſciuerit, quod non prohibeant hæredes, cum ſciant, & videant, mandatum defuncti executioni tradi. Atque ita ſcientia, patientia, ac voluntas hæredum id potius tacitè, & principaliter concedit ſuadente neceſſitate cauſæ, quam ipſa cauſæ neceſſitas. Quod adeo verum eſt, vt ſi aliàs ipſa neceſſitas cauſæ ſuſtineret mandatum, non diſtingueret Iuriſconſ. an mandatarius ignorauerit, vel ſciuerit mortem defuncti, vt maturè de more aduertit Couar. d. cap. vndecimo, numero ſecundo, qui contra communem etiam ſtat. Solum ergo ibi operatur neceſſitas cauſæ, vt mandatarius ſciens mortem defuncti mandantis poſſit exequi, ſi hæredes ſciuerint, & non prohibuerint, quod ceſſante tali cauſa neceſſitatis mandatarius eſficere non poterat, niſi expreſsè hæredes ei commiſiſſent, aut permiſiſſent.

43 Vnde † ad argumentum ſupra poſitum reſpondeo, quod in ijs terminis,in quibus mandatum ſimplex poſt mortem aliqualiter ſuſtinetur: in ijſdem poſſit ab initio ex conuentione vltra mortem prorogari, vt videlicet, ſi in dicta lege fundi, §. vltimo ab initio mandaretur, vt poſt mortem mandatoris poſſeſſio fundi venditi traderetur: ita demum mandatarius poterit, ſi hæredes ſcientes non prohibuerint. Quod generaliter intelligo in qua libet ſpecie mandati, quod etiam ſimpliciter commiſſum ſpeciali aliqua ratione per mortem non diſſoluitur, vt in lege ſi defunctus, 15. ff.de procuratoribus, cum alijs, indeque colligetur alia declaratio ad noſtram legem vltimam, in 2. reſponſo, ff. de ſolutionibus.

44 Non † obſtat quintò principaliter text. in lege ſi quis alicui, 27. §. 1. ff. mandati, vt ſupra in initio perpendimus: nam pro ſolutione aduerte in hoc textu celebrari contractum quendam innominatum,do, vt facias, ſub forma mandati; vel mandatum irregulare, in quo dominus ſeruum tradit, & dominium transfert, vt mandatarius poſt mortem domini mandantis manumittat, & interim eo vt dominus fruatur, notat gloſ. ibidem, verbo, conſiſtit obligatio, innuit Vlp. in lege quod autem, §. vltimo. ff. de donat. inter virum, & Imp. in lege cum proponas, 4. C. de dolo; Cum igitur mandatarius dominus manſerit, nihil mirum, quod obligatio manumittendi, qua tenetur, poſſit vltra mortem mandatoris prorogari.

Sed refragatur primò eadem lex ſi quis alicui, §. primo, ibi: *Conſiſtit obligatio mandati*; &c. vbi oſtendit, mandatum, de quo ibidem, eſſe verum, & formale mandatum: & conſequenter poſt mortem poſſe conferri.

Obſtat deinde lex ſi hominem, ff. mandati, vbi in ſpecie, qua mandator hominem dat, vt mandatarius ſtatim manumittat; verum mandatum, & actio mandati reſultat, ergo, &c.

Obſtat tandem, quod in d. l. ſi quis alicui, §. 1. in 2. parte, conceditur ſerui repetitio, & mandati reuocatio, quod denotat verum mandatum,§. recte, Inſtit. mandati, ergo in terminis dicti §. primi, verum mandatum extitit, dominiumque manſit penes mandantem; &c.

45 Ceterum † his non obſtantibus, ſtat ſuprapoſita interpretatio: nam ad primum reſpondetur, quod quidem in ſpecie d. §. 1. actio mandati reſultat, licet mandatum terminos ordinarios excedat, argumento l. Lucius, ff. depoſiti, vbi etiam in depoſito, quando dominium rerum depoſitarum trãsfertur, I. c. non omninò denegat actionem depoſiti, & tamen ordinaria natura rei depoſitæ renuit dominij trãslationẽ,l.licet,verſ. rei depoſitæ,

ff. depoſiti; Similiter etiam reſponde ad d. l. ſi hominem, neq; inaduertenter dicas, ibidem dari ſimplex mandatum ſine tranſlatione dominij, cum ſeruus ſtatim manumitti mandetur: nam in primis non eſt inutilis illa momentanea dominij tranſlatio, immò illam alias conſiderat Vlpian. in l. quod autem, §. vltimo, ff. de donat. inter virum: ibi. *Tunc demum eius fiet, cum tempore impleto manumittere cœperit*; &c. deinde orir etur difficultas quædam inſedabilis, de qua inferius obiter agemus.

Non obſtat tandem, quod repetitio ſerui detur: quia hæc non denegatur in contractibus reſpectiuis innominatis, per text. in l. ſi pecuniam, ff. de condict. cauſa data. conditio enim dominium ſupponit in reo conuento, l. vlt. in fine, ff. vſufructuarius quemadmodum caueat, §. ſic itaque, Inſtit. de actionibus; quod à fortiori procedet in contractu, de quo agit d. l. ſi quis alicui, §. 1. quod ſaltem irregulare mandatum eſt, ex quo deſcendit poteſtas reuocandi, §. rectè, Inſtit. mandati.

46 Ex † quibus infertur primò notabilis declaratio ad noſtram l. vlt. in 2. reſponſo, ff. de ſolutionibus: vt videlicet, tunc poſſit mandatum vltra mortem mandatoris porrigi ex conuentione, ſi in aliquo alteretur, vel induat qualitatem aliquam alterius contractus innominati, cuius executio, vel implementum ex altera parte confertur poſt mortem mandantis.

47 Infertur † præterea conciliatio inter d. l. ſi quis alicui, §. 1. & d. l. ſi hominem, ff. mandati, cum l. 3. C. de indicta libert. toll. vbi manumiſſio per procuratorem fieri prohibetur: nam actus legitimus eſt, vt probatur ex l. actus legitimi, ff. de regulis iuris, ibi: *Mancipatio*; &c. ſub qua manumiſſio continetur; actus autem legitimi per alium non poſſunt expediri, vt probat elegans regula, l. nemo alieno, ff. de regulis iuris. vbi notat Faber. Secundùm quam etiam intelligitur l. per procuratorem, ff. de acquir. hæredit. & ita nihil mirum, quòd dicat d. l. 3. manumiſſionem (ſiue vindicta, ſiue quolibet alio modo, nihil enim referre puto, notat etiam gloſſ. verb. vindicta, in d. l. 3. & à ſpeciali probat l. 1. §. vlt. C. communia de manumiſ.) non poſſe per procuratorem exerceri. At d. l. ſi quis alicui, §. 1. & d. l. ſi hominem, loquuntur de eo procuratore, ſiue mandatario, in quem dominium transformatur, vt ibidem notat gloſſ. d. verb. conſiſtit obligatio, ad finem, qui tempore manumiſſionis non tanquam procurator, ſed tanquam dominus manumittit; ex qua forſan ratione mouetur Vlp. in l. quod autem, §. vltimo, ff. de donat. inter virum, & vxorem, dum manumiſſionis cauſa inter virum, & vxorem donationem admittit: indeque colligitur mens Accurtij in dicta lege 3. verb. per procuratorem, dum inquit per procuratorem in rem ſuam, benè poſſe ſeruum manumitti, cum talis procurator dominus conſtituatur in re illa. Rigor autem dictæ legis 3. non habebat olim locum, quando ſeruum patris filiusfamil. manumittere mandaretur, vt probat l. ſi pater, ff. de manumiſſ. vind. idq; quia quodammodo in vita patris dominus rerum paternarum creditur, l. in ſuis, ff. de liber. & poſth. quod non ſolum hodie etiam ſeruatur, ſed inſuper ampliatur tam in filijs, quam in filiabus, cuiuſcunq; gradus, tam in ſacris conſtitutis, quam emancipatis: vt videlicet mãdatum paternum de ſeruo manumittendo exequi valeant; cum iam æqua ſit inter omnes ſucceſſio, vt de nouo ita conſtituit Imp. Iuſtinian. in l. 1. §. vlt. ff. communia de manumiſſ.

48 Reſtat † denique, vt ſatisfaciamus noſtræ l. vlt. in primo reſponſo, ff. de ſolutionibus, dum videtur innuere, quod mandatum ex conuentione poſſit vltra mortem porrigi, ibi: *Ei, qui mandato meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, rectè ſoluitur: quia talis eſt lex obligationis; ideoque inuito me rectè ei ſoluitur*; &c.

Pro cuius ſolutione prænotandum eſt, duobus modis potuiſſe concipi mandatum ad ſtipulandum poſt mortem; vel enim mandauit quis, vt poſt mortem ſuam ſtipularetur mandatarius; ita vt antea ſtipulari nequiuiſſet; vel mandauit, vt ſtatim ſtipularetur, ſolutione poſt mortem dilata.

Quo præhabito, conſtat text. hic non loqui de prima ſpecie mandati; quod apertè probatur, in primis: quia mandatum non poterat vltra mortem porrigi, vt apparet in 2. reſponſo eiuſdem text. & ſupra oſtendimus. Deinde ex illis verbis: *Ideoq; inuito me rectè ei ſoluitur*: nam ſi mandatum poſt mortem conferretur, ita vt poſt mortem mandatoris ſtipulatio fieret: non rectè verificabantur præcitata verba; cum in uita, dum mandatum erat integrum, potuiſſet reuocari, & aliter celebrari, §. rectè, Inſt. mandati, quod tamen text. hic inficiatur. Igitur in vita mandantis iam mandatum non erat integrum, & conſequenter illius celebratio nõ fuit collata poſt mortẽ.

Manet igitur, quod mandatum de quo hic, fuit commiſſum, vt in vita mandatoris celebraretur ſtipulatio, ſolutione dumtaxat poſt mortem mandantis collata. Atque ita in effectu mandatum concipi debet. Mando tibi, vt nomine meo ſtipuleris abs Titio, centum,

centum, poſt mortem meam tibi dari, quo caſu ſine dubio valet mandatum, vt per Iaſonẽ, in l. eius, qui. verſ. placebat, n. 1. verſ. nonò limita, ff. ſi cert. petatur, vbi gloſ. & Angel. ita tenuiſſe refert.

Nec obſtant relata verba, ibi: *Ideoque inuito me rectè ei ſoluitur*. Quæ videntur ſignificare, non ſolum mandatum celebratum fuiſſe in vita mandantis, ſed etiam ſolutionem faciendam eodem tempore: aliàs fruſtra conſiderare tur repugnantia, & contradictio mandantis. Sed reſpondetur, dictam contradictionem mã dantis ſolum conſiderari ad effectum, vt poſtquam contracta eſt obligatio in ſola perſona mandatarij, eidem ſolutio omninò fieri debeat tempore conſtituto, quamuis mandans aliter diſponat, ſiue in vita, ſiue moriens in ſuo teſtamento: nam licet mandator dicat, vt poſt mortem facienda ſolutio, mandatario ſtipulanti ſibi ſolui non fiat, adhuc ei fieri debet.

Suppoſito igitur, quod noſtra l. vlt. in preſponſo, loquitur de mandato, quod in vita perficitur, collata tamen ſolutione poſt mortem mandantis: illa imprimis ſuboritur difficultas; quod † iam quis alteri ſtipularetur,
49 contra regulam l. ſtipulatio iſta, 38. §. alteri, ff. de verborum oblig. §. alteri, Inſt. de inutilibus ſtipulat.

Pro ſolutione breuiter aduerte, ſtipulationem alteri factam tribus modis concipi poſſe. Primò, quando verba obligatiua, & executiua in tertium diriguntur, verbi gratia promittis Titio centum dare. Secundò, quando obligatiua diriguntur in ſtipulationem, executiua verò in tertium, verbi gratia promittis mihi dare Titio centum. Tertio tandem modo, quando verba obligatiua, & executiua diriguntur in ſtipulantem; ſed id in vtilitatem alicuius tertij, & illius nomine, verbi gratia promittis mihi dare centum nomine Titij, de quibus latè Gabriel. lib. 3. commun. tit. de verborum obligat. Concluſ. prima à num. 53.

50 Primo † modo nulla omninò concipi poteſt ſtipulatio, nec aliquem effectum operatur, cum abſenti non quæratur verborum obligatio, qui ſtipulatus non eſt, iuxta l. 1. ff. de verborum obligat. nec item ſtipulanti, cui nihil promiſſum eſt, l. quæcumque gerimus, ff. de obligat. & act. tradit vltra alios Couar. in cap. quamuis pactum, 2. parte, §. 4. num. 9. Barboſa, qui plures refert, in l. quæ dotis, n. 136. ff. ſolut. matrimon.

51 In tertio † modo vtilis ſemper fuit ſtipulatio, nec in eo procedit dictus §. alteri, cum à parte rei, ſibi quis dare ſtipuletur, probat lex idemque, 10. §. ſi cui, ff. mandati, lex penultima, ff. de negot. geſtis, Bart. in lege ſi ego, ff. de negot. geſt. receptus ex Alciato, in dicta lege ſtipulatio, §. ſi ſtipuler, numero 19. Couar. dicto numero 9. Barboſ. dicto num. 136.

In quo tertio modo ſtipulandi, obligatio ſimpliciter quæritur ei, qui nomine alterius ſtipulatur: ita, vt illi tantum ſit ſolutio facienda, non verò ei, cuius nomine ſtipulatur: licet ſecuta ratihabitione eius, cuius nomine celebrata fuit ſtipulatio, ei directa negotiorum geſtorum actio competat, vt vel liberet promiſſorem, iuxta dictã legem penultimam, ff. de negot. geſt. & dicto §. ſi cui, vel vt ſibi actionem cedat, aut cui voluerit, promiſſorem deleget, dictum §. ſi cui. Interim enim, dum delegatio non fit, volente debitore, in ſtipulante manet obligatio, illique tantum ſolutio fieri debet, inuito mandante, vel eo, cuius nomine geſta ſtipulatio eſt; & ita debet intelligi noſtra lex vltima, in primo reſponſo, ff. de ſolutionibus, ibi: *Ideoque inuito me rectè ei ſoluitur*; &c. dummodo tamen illi facta ſolutio, vel mandati, vel negotiorum geſtorum actione (caſu, quo mandatum non præceſſit) repeti debeat per mandantem, vel ratum habentem, vel per ipſorum hæredes.

52 In ſecundo † modo, quando ſola verba executiua in tertium diriguntur, procedit dictus §. alteri, vt probat Couar. d. §. 4. num. 9. Barboſa, in dicta lege quæ dotis, numero 136. ex eo, quia abſenti, qui non contrahit, vel quaſi contrahit, nulla poteſt quæri actio, vel obligatio, l. quæcumque, 10. ff. de obligat. & actionibus, nec etiam ſtipulanti, cuius nihil intereſt, ex ratione, quam Iur. conſult. & Imp. ſubijciunt in dictis §§. alteri, verſiculo inuentæ, vt latè per ſupra relatos Doctores. Naturalis tamen tunc quæritur ſtipulanti obligatio, ratione mutui conſenſus, notant iiſdem Doctores, Barboſa, dicto numero 136.

53 Obiter tamen † diſputandum eſt pro materia noſtri text. an in ſecundo modo ſtipulandi, de quo ſupra egimus, poſſit quis vtiliter mandanti ſtipulari? & videbatur affirmatiuè reſpondendum, ex ratione dictæ legis ſtipulatio, §. alteri, verſiculo inuentæ, & dicto §. alteri, verſiculo inuentæ, vbi deciditur quod alteri facta ſtipulatio valet, quando intereſt ſtipulatoris, ad effectum, de quo gloſſa, verbo, fieri, in dicta lege ſtipulatio, §. ſi ſtipuler, vbi Alexander, numero 2. Decius in lege quo tutela, §. vltimo, ff. de regulis iuris. Intereſſe autem ſtipulatoris vertitur, ſuppoſito quod ex mandati ſucceptione ſtipulari tenetur, & ita reſoluit Bartolus, in dicto §. ſi ſtipuler, numero primo, quem

ſequitur Luſitanus Barboſa, in 3. parte Rubr. num. 81. ff. ſoluto matrimonio. Alex. d. §. ſi ſtipuler, num. 6. & ſaltem in procuratore generali, idem tenet Imola, ibidem nu. 33.

54 Ceterum, quidquid † dicant proximè relati patres, contrarium in puncto iuris verius eſſe puto. Idem ex Ioannis veteris interpretis ſententia tenuit gloſſa, verbo, nihil intereſt, in l. 1. ff. de ſtipulat. ſeruorum. innuit etiam gloſ. verbo, nulla, in l. 1. C. per quas perſonas nob. acquir. ſequûtur latè Angel Paulus Caſtr. Romanus, & plures alij, in d. §. ſi ſtipuler. vt ibidem refert Alex. d. nu. 6.

55 Quæ ſententia † in primis ſuadetur: quia nulla lex eſt, quæ de mandatario ſtipulante loquatur, quæ ſimul non dicat in perſona mandatarij ineſſe obligationem, & actionem; in quo ſupponitur, ſtipulationem contractam fuiſſe tertio modo, vt colligitur ex d. l. idemque, 10. §. ſi cui, ff. mandati.

56 Deinde † comprobatur apertè ex Vlp. in l. eum, qui, 5. §. Iulianus, lib. 11. ff. de conſtit. pecun. vbi ita ſcribit: *Iulianus lib. 11. Digeſtorum ſcribit, procuratori conſtitui poſſe: quod Pomponius ita interpretatur, vt ipſi procuratori conſtituas te ſoluturum, non domino.* Quæ quidem deciſio à fortiori procedit in ſtipulatione, quæ tota redolet ſolennitatem, & ſeueritatem iuris, nec illius vim deuitant Bart. & aliorum ſupra citatorum ineptæ interpretationes.

Præterea, d. l. ſtipulatio iſta, §. ſi ſtipuler. verſ. vnde etſi procuratori, ff. de verb. oblig. id ſuadet, dum inquit, valere ſtipulationem factam procuratori per dominum ſtipulantem: nec meminit e conuerſo, tacitè ſentiens, quod procurator, qua talis, non poteſt domino ſtipulari, niſi tam obligatiua, quam executiua verba ad ſuam perſonam referat.

57 Denique † nullum vertitur intereſſe mandatarij: nam intereſſe, quod ad hunc effectum, ius conſiderat, debet eſſe ſimplex, & aliunde contractum, non verò ratione eiuſdem ſtipulationis, quæ fieri mandatur. Poſſumus tamen conſiderare in procuratore intereſſe ſeparatum à mandato; videlicet, ſi mandatarius teneatur ex vi mandati aliquid facere, ad cuius ſatisfactionem aliquid mandanti ſtipulatur: tunc enim valebit ſtipulatio mandanti ſecundo modo facta.

Ex quibus manet ſublata prima difficultas contra noſtram legem vltimam in 1. reſponſo, ff. de ſolutionibus, dum ſupponit, aliquem ſtipulari poſſe mandato alterius, quia non intelligitur de ſecundo modo ſtipulandi, ſed de tertio.

58 Sed adhuc † manet altera validior difficultas: conſtat quippe neminem poſſe ſtipulari poſt mortem ſuam, vel poſt mortem promittentis, iuxta §. poſt mortem, Inſt. de inutilibus. Caius, in fragm. libro ſecundo, titulo nono, verſiculo præterea, il. 2. idque ante nouam Iuſtiniani Conſtitutionem in lege vnica, C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæred. Si igitur quis non poteſt ſtipulari poſt mortem ſuam, vtique non poterit mandare, vt ſtatim ſtipuletur dari poſt mortem ipſius mandantis, quod tamen admittit d. l. vlt. in 1. reſponſo. ff. de ſolutionibus.

Verum licet à nemine animaduerſum viderim, d. §. poſt mortem, attento tempore, quo vigebat dicta prohibitio, eſſe limitandum: audenter aſſero, non procedere in ſtipulatione mandata. Et ratio limitationis ea mihi videtur: quia quando Titius v. g. mandat, vt quis ſtatim ſtipuletur dari, poſt mortem Titij mandantis, mandatum perficitur quoad mandantem, & mandatarium, ſimul ac mandatarius ſtipulatus eſt; quo caſu actutum mandanti quæritur actio mandati, vt vel cogat mandatarium ad promiſſorem liberandum, vel delegandum, d. l. idemque, 10. §. ſi cui, ff. mandati, vel ad actionem cedendam, mandanti. Mandatarius verò manet creditor reſpectu promiſſoris ſub die incerta mortis mandantis; quæ quidem ſtipulatio ſicut aliàs citra mandatum fieri poterat, mandatum interueniens illi non debet obeſſe; cum mandantis perſona quoad ſtipulationem nihil penitus attineat, iuxta ſupradicta: atque ita mandatario rectè ſoluitur poſt mortem mandantis; rationem reddit I. c. in noſtra l. vlt. ibi: *Quia talis eſt lex obligationis;* &c. hoc eſt, quia ſub hac conuentione, & conditione ſtipulatio facta eſt. Accedit, quia dicta regula, quod ſcilicet ſtipulatio non valeret poſt mortem, magis ſcrupuloſa erat, quam iure damnanda, & propterea emendata eſt à Iuſtiniano, in dicta lege vnica, & in d. §. poſt mortem, vnde nihil mirum, quod iam tunc interpretatione non iuuetur; immo reſtringatur, & coanguſtetur, in prædictis terminis.

Secundum quæ noſter text. in 1. reſponſo, inuoluit notabilem declarationem ad d. §. poſt mortem, Inſt. de inutilibus, & quæ non indiget noua conſtitutione dicta legæ vnicæ, vt ſcilicet, quamuis quis non poſſit ſibi poſt mortem ſtipulari, poſſit tamen mandare, vt quis poſt mortem mandantis ſtipuletur.

59 Maneat † igitur ex omnibus huc vſque dictis, quod mens I. c. Pauli in noſtra lege vltima ea fuit, vt quamuis mandatum celebrari poſſit,

poſſit, cuius effectus confertur poſt mortem, dummodo in vita mandantis perficiatur quoad ſui formam, vt decidit in primo reſponſo. Attamen non poſſit conferri poſt mortem mandantis, quoad ſui formam, iuxta iam ſupradicta; idq; reſoluit in 2. reſponſo, vt latè defendimus; & ita ceſſat odioſa emendatio Iacobi Cuiacij, d.lib.1. Obſeruat. cap.38.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & materia l. ex facto, §. ſi quis rogatus, il 2. verſ. ſed ſi ſeruus, ff. ad S.C. Trebell. à num. 1. per tot.

Cur in d. verſ. ſed ſi ſeruus, non poſſit ſeruus pœnę reſtitutus eligere vnum ex filijs, quos poſt damnationem ſuſcepit, num. 1.

Refertur, ac reprobatur ratio Eman. Coſta Luſitani, ibidem, & aliqualiter excuſatur, nu. 6.

Seruus pœna reſtitutus, idem de iure efficitur, qui antea fuerat, ibidem.

Reſtitutio quid importet, & an ſpeciem fictionis inuoluat. ibidem.

Filius ſeruus pœnę, & poſtea reſtitutus, admittitur ad legitimam matris hæreditatem, & bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nu. 2.

Ille, cui annua alimenta legantur, ſi ſeruus pœnæ ſit effectus, & poſtea reſtitutus, alimenta præterita, & in poſterum petere poterit. ibidem. & quid ſi ſeruus hominis fiat, & poſtea manumittatur, num. 16. vbi negatur, quod tamen declara, nu. 20. & nu. 23.

Aſſignatur vera ratio, ob quam ſeruus pœnæ reſtitutus, non poteſt eligere in terminis noſtri verſ. ſed ſi ſeruus, num. 3.

Per ſeruitutem honorati, vel grauati perit omninò diſpoſitio teſtamentaria ſine conſideratione reſtitutionis. ibidem.

Denegatio electionis, de qua in noſtro verſ. ſed ſi ſeruus, æquè militat reſpectu filiorum poſt damnationem, ac eorum, qui ante damnationem ſunt habiti, num. 4.

Cur filij poſt damnationẽ ſuſcepti, in terminis d. verſ. ſed ſi ſeruus, etiam patre reſtituto non admittantur ad fideicommiſſum, nu. 5.

Deciſio noſtri verſ. ſed ſi ſeruus, non procedit indiſtinctè in damnatis ingenuis, nu. 7.

Manet tamẽ incorrecta reſpectu damnatorum libertinæ conditionis, nu. 8.

Manebit etiam incorrecta reſpectu ingenuorum, qui ad mortem naturalem damnantur, nu. 9.

Auth. Sed hodie nemo, C. de donat. inter vir. & vxor. ſolum procedit in damnatione, quæ mortem naturalem non irrogat. ibidem.

Damnatus ad mortem naturalem, adhuc hodie fit ſeruus pœnæ, quod apud Luſitanos lege ſeruatur. ibidem.

L. qui vltimo, ff. de pœnis. adhuc hodie viget. ibidem.

Dictus verſ. ſed ſi ſeruus, ceſſat in ſeruo pœnæ reſtituto, quando conſtat de voluntate teſtatoris, num. 10.

Dictus verſ. ſed ſi ſeruus, ceſſat in electione legali, nu. 11. Declaratur tamen, num. ſeq.

Quando bona propter ſeruitutem pœnæ à primo ſucceſſore incurſam, alij deferuntur, ſecuta poſtea extraordinaria reſtitutione non adimuntur, numero 12.

Dictus verſ. ſed ſi ſeruus, ceſſat in ſucceſſione legali, nu. 13. cum ſeq. vbi declaratur.

Reſtitutio gratiæ, ſiue iuſtitiæ, idem omninò operatur, quatenus reſtitutio eſt, nu. 14. niſi à Principe reſtringatur. ibidem.

Indulgentia Principis, qua quis pœna tantùm liberatur, non continet reſtitutionem. ibidem.

An deciſio d. verſ. ſed ſi ſeruus, locum habeat in ſeruo hominis, qui iterum liber fit? nu. 15.

Ingenuus, ſi ſeruus hominis fiat, & poſtea manumittatur, manet libertinus. ibidem.

Filius effectus ſeruus hominis, & poſtea manumiſſus, non admittitur ad hæreditatem maternam: nec mater ad eius hæreditatem, nu. 16.

Explicantur, l. 1. §. filio, & l. 2. verſ. ſed ſi filius, ff. ad S. C. Tertul. ibidem. Declarantur notabiliter, num. 20. & ampliantur, num. 22. & num. 23.

Explicatur, l. is cui, 11. ff. de alimen. legatis d. nu. 16. & nu. 20. & nu. 23.

Ingenuus ſeruus hominis factus, poſtea manumiſſus, non recipit cognationem, nec ſuccedit cognatis, numero 17.

Explicatur l. is qui, 7. ff. Vnde cognati, ibidem. Declaratur, nume. 21. ampliatur, num. 22. & num. 23.

An noſter verſ. ſed ſi ſeruus, procedat in eo, qui factus ſeruus hominis, non ſolum manumittitur, ſed etiam natalibus reſtituitur? num. 18. vbi affirmatur.

Reſtitutio natalium eſt nimis extraordinaria, & de ratione. ibidem.

Natalibus reſtitutus idem ingenuus fit, qui fuerat, numero 19.

Libertus factus ſeruus, & iterum manumiſſus, non fit idem libertus, qui antea fuerat, num. 22.

Ampliatur l. homo liber, ff. de ſtatu hominum. ibidem.

Natalibus reſtitutus, ſi natus fuit ſeruus, non efficitur idem homo, qui olim fuerat, nu. 23.

In eo, qui natus fuit ſeruus, ſecuta natalium reſtitutio non continet ordinariam ac veram repoſitionem. ibidem.

Explicatur l. 2. ff. de natalibus reſtit. ibidem.

Natalium reſtitutio plus aliquando confert, quàm ſeruitus intermedia ademerat. ibidem.

CAPVT VII.

Ad Vlpianum in l. ex facto, 17. §. ſi quis rogatus fuerit filijs, verſ. ſed ſi ſeruus, ff. ad S.c. Trebellianum.

1 SCribit † Vlp. *Sed ſi ſeruus pœnæ fuerit conſtitutus, nullo ante concepto filio, iam parere conditioni non poterit: deceſſiſſeque ſine liberis videtur. Sed cum decedit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet.*

Illud hic diſcuti debet, cur ſeruus pœnæ reſtitutus non poſſit eligere vnũ ex liberis, quos poſt damnationem, vel poſt reſtitutionem ſuſcipit? ſicuti in deportato reſtituto innuit Vlp. hic, dum aduerſatiuè loquitur de ſeruo pęnæ, qui tempore damnationis filios non habebat, tradit ſecurè. Luſitanus noſter inſignis Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, ſi abſque liberis, nu. 44.

Et quidem Coſta nuper citatus, n. 45. putat hoc ex eo procedere, quia hi liberi poſtea ſuſcepti ab alio geniti cenſentur, quamuis eorum parens reſtituatur; de eo enim reſtituto agit noſter verſ. ſed ſi ſeruus, aliàs abſona eſſet diſputatio Vlpiani hic, & ita id ſupponit Coſta, d. nu. 45.

Ceterum hæc ratio ſubtiliſſimi alioquin Luſitani Coſtæ, ſubſiſtere nequit: nam ſi filius natus ex ſeruo pęnæ, poſt damnationem, vel poſt reſtitutionem, ab alio patre natus cenſeretur, quàm qui ante pęnalem ſeruitutem erat, etiã pater à ſeruitute pęnæ reſtitutus, non idem crederetur, qui antea erat, vt coacta iuris ratio planè ſuadet: ſed conſtat, ſeruum pęnæ reſtitutũ, eundem fieri, qui antea erat, ergo & filius ab eo poſt damnationem progenitus, ſecuta reſtitutione cenſetur ab eodem patre ſuſceptus, qui ante damnationem erat. Quod autem ſeruus pęnæ idem omninò, & repoſitus priſtino ſtatui ſit, patet in primis ex natura reſtitutionis, quæ reddit omnia, vt retro ante erant. l. quod ſi minor, §. reſtitutio, ff. de minoribus: nam componitur à retro, & ſtatuo, vt aduertit Alciat. in l. reſtituere, ff. de verborum ſignificat. & habet ſpeciem fictionis translatitiæ de tempore ad tempus, vt innuit Vlp. in l. ſi quis filio, 6. §. quatenus, ff. de iniuſto, rupto. dum coniungit poſtliminio reuerſum, & reſtitutum ex principali beneficio; quaſi in vtroq; detur translatio ad priſtinam exiſtentiam. Notat aliàs Galliaula, in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, nu. 62. ff. de liber. & poſthum. vbi Crotus, nu. 121. & reliqui.

2 Et in † terminis, in quibus agimus de ſeruo pęnæ, idem probatur in l. 1. §. filio, ff. ad S.c. Tertul. ibi: *Niſi fortè ſeruus pęnæ effectus beneficio Principis ſit reſtitutus*; &c. vbi propterea filius reſtitutus admittitur ad legitimam matris hæreditatem, quia per reſtitutionem idẽ redditur filius, qui ante damnationem fuerat. Probatur etiam ex l. 1. § vlt. ff. de bonorum poſſeſs. contra tabul. ibi: *Reſtitutus ſit, nihilominus admittetur; aliter non*, & in l. 2. ff. eodẽ tit. & tandem in l. is cui, 11. ff. de aliment. & cibarijs leg. ibi: *Reſpondi eum, & præcedentium annorum rectè cepiſſe alimenta, & ſequentium deberi ei.* Quæ verba oſtendunt ſecuta reſtitutione omnimodam identitatem perſonæ, cui alimenta debebantur.

3 Ex quibus † Primò infertur, ſeruum pęnæ reſtitutum non propterea non poſſe eligere in terminis noſtri verſ. ſed ſi ſeruus, quaſi poſt reſtitutionem alius homo ſit: ſed potius ex eo, quia ſeruitus ſuperueniens efficit, vt ab eo tempore reſpectu voluntatis defuncti tanquã mortuus conſideraretur, vt innuit noſter verſ. ſed ſi ſeruus, ibi: *Deceſſiſſeque ſine liberis videtur*; &c. vbi ſimulac quis ſeruilem pęnam incurrit, quoad hunc effectum deceſſiſſe creditur, & cõſequenter perit ſtatim, & omnimodo teſtamẽtaria diſpoſitio ex defectu voluntatis: nec in ſeruo pęnæ attenditur tam extraordinaria reſtitutio, quæ à libera voluntate Principis pendet, & ob id interim non eſt conſiderabilis, vt communiter notatur per text. in l. cum ſeruus, aliàs l. apud Iulianum, §. conſtat, ff. de legatis 1. & in ſimili notat I. c. in l. intercidit, 59. ad finem, ff. de condit. & demonſtr. non eligit ergo hic ſeruus pęnæ reſtitutus propter defectum voluntatis, non verò propter diuerſitatẽ perſonę, vt etiam aduertit Luſitanus Aegidius in repet. l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ. 1. parte, §. 5. nu. 19.

4 Electio † autem, quæ ſeruo pęnæ reſtituto denegatur in terminis noſtri verſ. ſed ſi ſeruus, omnimodo, & æqualiter reſpicit ipſius liberos tam ante, quam poſt damnationem ſuſceptos, vt comprobat differentia, quam inter ſeruum pęnæ, & deportatum reſtitutos, facit Vlp. in præſenti, & eleganter innuit ibi: *Sed cum decedit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet.* Quæ verba reſpectu filiorum, qui ſuſcepti ſunt poſt damnationem, inutilia permanent, cum hi ſimpliciter à fideicommiſſo repellantur, vt ſtatim ſubiungemus. Suppoſito ergo quod in poſtea conceptis non poterat dubitari de electione,

tacitè

tacitè quærit *Vlp.* an ex ante damnationem quæſitis electio competat? Cui reſpondet, quod nec etiam horum reſpectu oportet ſeruo pęnæ reſtituto electionem concedere, cum à tempore damnationis mortuus exiſtimetur quoad teſtatorem; ita tradit Imola, ibidem, nu. 22. Alexand. nu. 9. in fine.

5 Hinc † etiam prouenit, cui liberi poſt incurſam ſeruitutem pęnæ concepti, & ſuſcepti, non ſolum non poſſunt eligi, vt proxime aduertimus, ſed nec etiam ad fideicommiſſum admitti; non quidem quod ab alio progeniti cenſeantur, cum immò ſecuta reſtitutione credantur ab eodem patre nati, ſed ex defectu voluntatis defuncti, qua attenta, tunc hæres grauatus decedit, cum pęnalem ſeruitutem patitur, Vlp. in præſenti, ibi: *Deceſſiſſeque ſine liberis videtur*; &c. d. l. intercidit, in fine, ff. de cond. & demonſtr. Secundum quæ, idem omninò iudicium ferendum eſt de conceptis in ſeruitute, ac de conceptis, & natis poſt reſtitutionem, cum voluntas defuncti à tempore pęnæ incurſæ omninò deficiat, vt comprobāt proximè relata noſtri text. verba.

6 Indeque † poſſumus in ſenſu non contemnendo excuſare ſubtilem noſtrum Luſitanum Coſtam, d. nu. 45. ſi illius rationem, non ad iuris, ſed ad volūtatis diſpoſitionem referamus: vt videlicet ſeruus pęnæ reſtitutus, alius homo dicatur: quia voluntas teſtatóris (quam ſolam in hoc fideicommiſſo attendimus), vbi primum hæres ſeruilem pęnam paſſus eſt, illum mortuum ſuppoſuit; & ita reſtitutio ſuperueniens reſpectu dictæ voluntatis, non repoſitio in priſtinum ſtatum, ſed nouatio dicenda eſt, & per conſequens filij poſt ſeruilem pęnam ſuſcepti, etiam ſecuta reſtitutione patris, non admittentur, quaſi ab alio ex coniecturata defuncti voluntate progeniti, licet tunc ex diſpoſitione iuris, ab eodem omninò nati cenſeantur.

7 Hæc autem † deciſio noſtri verſ. ſed ſi ſeruus, non videtur iam indiſtinctè procedere, ex eo, quia ſeruitus pęnæ iam hodie non irrogatur ingenuis hominibus, vt inquit text. in Auth. Sed hodie nemo benè natus, C. de dona. inter virum, & vxor. & in corpore vnde ſumitur, tradit Alex. in noſtra l. ex facto, §. ex facto, nu. 6. in ſine, vbi reliqui; notat Coſta, in d. cap. ſi pater 1. parte, verbo, ſi abſque liberis, nu. 45. ad finem.

8 Manebit † tamen incorrecta illius deciſio reſpectu hominum libertinæ conditionis: quia adhuc hodie iſti ſeruitutem pęnalem pati poſſunt, vt innuit d. Auth. Sed hodie nemo, & clarius text. in Auth. de nuptijs, §. quod autem prius, collat. 4. & eſt vbique concors omnium ſententia; notat Coſta, d. verbo, ſi abſque liberis, nu. 45. & ſuperius relati.

9 Manebit † etiam incorrecta, in hominibus ingenuis, qui ad mortem naturalem damnantur, adhuc enim hodie ſerui pęnæ efficiuntur, vt iam olim deciſum eſt per text. in l. qui vltimo, ff. de pęnis, vbi Doctores, & id oſtendit d. Auth. de nuptijs, §. quod autem prius, vbi denegat, ingenuis hominibus ſeruitutem irrogari, ſi damnatio vitam non adimit, idque ad effectum progrediendi matrimonij; alioquin eſſet inutile, ſi naturaliter moreretur. Et ita etiam intelligitur d. Auth. Sed hodie nemo, vbi notat gloſ. verbo, & ſupplicio, & communiter Doctores; & ita apud *Luſitanos* conſtitutum eſt ex Ord. lib. 4. tit. 8. §. 6. quidquid correctam nunc eſſe deciſionem d. l. qui vltimo, ibidem notet ſibi contrarius Accurt. verbo, ad beſtias. Vnde ſeruus pęnæ mortis, interim dum non interficitur eligere non poterit in terminis noſtri verſ. ſed ſi ſeruus; nec etiam ſi reſtituatur ex principali beneficio (per longum enim tempus in tali ſeruitute exiſtere poſſunt, vt inquit d. l. qui vltimo. ibi: *Et nonnunquam per longum tempus occupat, quod accidit in perſonis eorum, qui ad beſtias damnantur. Sæpè etiam ideo ſeruari ſolent poſt damnationem, vt ex his, in alios quæſtio habeatur.*) Nec filij poſt talem ſeruilem conditionem ſuſcepti, ad fideicommiſſum admittentur, ex noſtro verſ. ſed ſi ſeruus.

10 Deinde † principaliter declaratur noſter verſ. vt ſolum procedat, quando agimus de interpretanda ſimplici voluntate defuncti. Etenim, ſi ob coniunctionem, vel aliam quamlibet rationem affectionis naturalis, præſumatur teſtator velle omnino proſpicere filijs prædicti damnati: tunc putarem filios etiam poſt damnationem ſuſceptos patre reſtituto admittendos: tum quia defectus voluntatis, qui aliàs obſtare videbatur, abeſſe creditur ex contrarijs coniecturis: tum etiam, argumento l. 1. §. filio, ff. ad S. c. Tertul. & l. 1. §. vlt. cum l. ſequenti, ff. de bonorum poſſeſs. contra tab. in quibus iuribus ſeruitus pęnæ non officit, ſi reſtitutio ſequatur: quia ſuppoſita ratione, & affectione naturali, ſolum requiritur ciuilis capacitas, & identitas perſonalis, idem probare videtur bonus text. iuncta gloſ. vltima, in l. vlt. ff. de ſententiam paſſis, & reſtit.

11 Præterea † notabiliter declarandum puto noſtrum verſic. ſed ſi ſeruus, non procedere in electione legali, vbi videlicet lex defert patri electionem ex liberis: nam ſicut ipſa lex ſeruum pęnæ poſtea reſtitutum admittit ad ſucceſſionem, vt eundem hominem, qui antea erat, vt in d. l. 1. §. vlt. cū l. ſequenti, ff. de bonorum poſſeſs. contra tab. & in l. 1. §. filio, ff. ad S.c. Tertul. & liberi poſt damnationem ex eo

ſuſcepti,

ſuſcepti, ſecuta reſtitutione ab eodem nati cenſentur; ita etiam ex eadem legali diſpoſitione, quæ electionem ex liberis patri defert; & pater poſt reſtitutionem, ad electionem, & liberi ad fideicommiſſum admittentur. Nec obſtabit noſter verſ. ſed ſi ſeruus, ibi: *Deceſſiſſeque ſine liberis videtur*; &c quia hæc verba referuntur ad voluntatem teſtatoris, quæ regulatur à præſenti ſtatu ſine conſideratione vlla futuræ reſtitutionis; At in ſimplici diſpoſitione legali, omnia præuidentur, & conſiderantur.

12 Quæ † declaratio intelligenda eſt, niſi lex ſtatim, vbi quis ſeruilem pęnam patitur, bona alijs deferat, qui ea effectualiter acquiſiuerint: nam tunc licet reſtitutio ſequatur, non adimet bona, alijs iuſtè quæſita, vt alias tenuit gloſ. verbo, emancipatus, ad finem, in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, ff. de liber. & poſth. vbi ita intelligit Paul. Caſtr. nu. 14. Socin. nu. 17. Iaſon, nu. 116. & alij, quos ibidem ſequitur Coſta noſter, in 2. parte, nu. 41.

13 Tandem † declara noſtrum verſ. ſed ſi ſeruus, non procedere in ſucceſſione legali, quæ certas perſonas ad aliorum bona recipit: nam ſerui pęnæ poſtea reſtituti (niſi bona ſint alijs legitimè quæſita, vt proximè notauimus) æq; admittentur, ac ſi medio tempore maximam capitis diminutionem paſſi fuiſſent; & ita procedit d. l. 1. §. filio, ff. ad S.c. Tertul: & d. l. 1. §. vlt. cum l. ſequenti; ff. de bon. poſſeſs. contra tab. & l. 1. ff. de ſententiam paſſis, & reſtit.

14 Quod † tamen intellige de plena reſtitutione ex principali beneficio, iuxta l. 1. C. de ſentent. paſſis, & reſtit. ſiue ſit reſtitutio iuſtitiæ, ſiue gratiæ: nullam enim differentiam inter vtramque exiſtere contra omnes exiſtimo: nã vtraque vera reſtitutio eſt, & conſequenter in priſtinum ſtatum repoſitio, quidquid dicat Bart. in d. l. Gallus, §. & quid ſi tantum, nu. 12. Aretinus, nu. 13. & plures quos ibidem ſequitur Luſitanus Coſta, 2. parte, à num. 88. nam gratioſa principis reſtitutio perſonales qualitates omnino reddit, & cetera, quæ inde conſequuntur; & ita eleganter explicans conſtituit Imp. niſi cauilletur, in l. 1. ad finem, C. de ſentent. paſſis, & reſtit. probat etiam l. tutor, 4. ad finem, l. ſi deportationis, l. vlt. §. vlt. C. eod. tit. Secus, ſi gratioſa reſtitutio à principio reſtringatur, vt in l. 2. ff. de ſentent. paſſis, & reſtit. l. 3. l. in inſulam. C. eod. tit. nam tũc id tantum, quod in reſtitutione exprimitur, conceſſum eſt. Vel etiam ſi indulgentia principalis non reſtitutionem, ſed liberationem à pęna contineat, vt ait l. aut damnum, 8. §. vlt. ff. de pęnis, ibi: *Beneficio Principis eſſet iam pęna liberatus*; &c. l. 2. C. de ſentent. paſſis, & reſtit. ibi: *Et indulgentia mea pęna tantummodo metalli liberatus eſſet*; &c. l. fruſtra, ibi: *Pana eius poſtea liberatus eſt*; &c. l. ſi ademptis, l. generalis, l. ſi pater, C. eodem tit. tunc enim iſti ſeruitute pęnæ liberati permanent alij ab ijs, qui antea fuerant, cum non reſtituti, ſed denuò creati, & nati credantur, vt proximè relata iura docent, & præcipuè text. in d. l. aut damnum, §. vlt. & d. l. fruſtra.

15 Opportunè † autem quæritur, vtrum deciſio noſtri verſ. ſed ſi ſeruus, procedat in eo, qui cum liber eſſet, ſeruus hominis factus eſt, & poſtea manumiſſus? ita vt ſi ante ſeruitutẽ illi competat eligendi facultas, iterum libero effecto non denegetur? In qua quæſtione reſoluendum ſecurè puto, deciſionem d. verſ. à fortiori in his terminis procedere, tam attenta voluntate teſtatorum, quam inſpecta diſpoſitione iuris: nam reſpectu vtriuſque poſt manumiſſionem alius omninò homo eſt. De voluntate conſtat per text. in l. intercidit, ad finem, ff. de cond. & dem. & ſupra probauimus. De diſpoſitione iuris ex eo liquet, quia ſi ante ingenuus erat, nunc libertinæ conditionis eſt, l. homo liber, ff. de ſtatu hominum; vnde nihil mirum, quod liber effectus eligere non poſſit, argumento §. ex facto, ſupra, hac noſtra l. Secundum quæ ſilent omnia, quę in contrarium dici poſſunt.

16 Et hinc † prouenit, quod etiam in legitima ſucceſſione filius ſeruus effectus (veluti, quia ſe venundari paſſus eſt) non admittitur ad hæreditatem matris, quamuis iam manumiſſus ſit, quia videlicet alius homo eſt, l. 1. §. filio, ff. ad S.c. Trebel. ibi: *Si ante aditam hæreditatem in ſeruitutem deducatur, legitima hæreditas non defertur; nec ſi poſtea liber factus ſit*; &c. l. 2. poſt princip. verſ. ſi filius, ff. eodem tit. ibi: *Sed ſi filius, vel filia libertini ſint effecti*; &c. iuncta gloſ. ibidem, verbo, ſint effecti; & in his terminis ceſſat etiam l. is cui, 11. ff. de aliment. legatis.

17 Hinc etiã eſt, quod † qui ſeruus hominis fiebat, licet manumitteretur, amplius cognatus non reddebatur priſtinis cognatis, §. quod autem, Inſt. de capitis diminut. nec ad ipſorum bona vnde cognati admittitur, l. is qui, 7. ff. vnde cognati.

18 Quid dicendum, ſi † ſeruus hominis, non manumiſſus ſimpliciter, ſed poſtea natalibus reſtitutus ſit, iuxta tit. ff. de natalibus reſtituendis: an ipſi competens eligendi poteſtas ante incurſam ſeruitutem, reſtituto ſuſcitetur? vt in deportato innuit noſter text. in princip. conſtat enim per hanc reſtitutionem nataliũ, omninò reddi priſtino ſtatui, l. 3. §. vlt. ff. de natalibus reſtit.

In qua quæſtione ſub diſtinctione reſoluendum puto: nam vel agimus de indaganda voluntate

luntate teſtatorum; vel de certitudine,& iden titate eius, qui ſeruus fuit effectus. In primo caſu, ſi ea, quæ per liberam perſonam grauati peragi debebant, à præſumpta voluntate teſtantium pendent, per eundem ſeruum effectum, quamuis poſt manumiſſionem ſit natalibus reſtitutus, exerceri non poterunt, idque ex defectu voluntatis, vt in ſeruo pœnæ reſtituto ſupra diximus: nam iſte, quod ad teſtatorem attinet, pro mortuo habetur, vt inquit l. intercidit,ff. de cond. & demonſtrat. ſine vlla conſideratione reſtitutionis,præcipuè nataliũ, quæ nimis extraordinaria eſt,propter præiudicium patronorum,vt inquit l.2.ff.de natalibus reſtit. iunctis iis,quę tradit patruus meus Arius Pinellus, in Rubr. C. de reſcindend. vend. 1. parte, cap. 2.nu.17.Caſſanæus,in Conſuetud. Burgund. Rubr. 8.§.5. in reſponſo, num. 25. Hiſpanus Mendonca Diſput. iuris ciuilis, lib. 1.cap.5.num.47. & plures,quos refert Hiſpanus Pichardo, in præludiis ad tit. Inſt. de hæredit. quæ ab inteſt. à nu. penult. Luſitanus Cabedo, deciſ. 73. nu.20.in 2. tomo.

19 Si verò † non tam agimus de indaganda voluntate defunctorum, quam de certificando corpore, an illud idem ſit, quod ante ſeruitutem erat: tunc ſeruus hominis manumiſſus, & natalibus reſtitutus admittetur. impetrata enim reſtitutione natalium, in omnimodò ſtatu,quem habuerat,reponitur,l.3.l.vlt.ff.de natal. reſtit.

20 Vnde † venit explicandus notabiliter Vlp. in l.1.§. filio,ff. ad S.c.Tertul. ibi: *Nec ſi poſtea liber factus ſit*; &c. vbi filius non admittitur ad legitimam matris hæreditatem ex Orficiano, ſi in ſeruitutem deducatur, quamuis poſtea liber ſit effectus: debet enim intelligi de filio facto ſeruo, & ſimpliciter manumiſſo; quo caſu alius eſt ab eo,qui antea fuerat, vtpote libertinus, qui fuerat ingenuus, l. homo liber,ff. de ſtatu hominum,l. ſeruus legatus,27. §. vlt. in fine, ff. de adimend. legat. & ita nihil mirum,quod non recipiatur ad legitimam matris hæreditatem, cuius non eſſe filius creditur: vt è conuerſo docet idem Vlp. in l. 2. poſt princip.ff. ad S.c.Tertul. ibi: *Sed ſi filius, vel filia libertini ſint effecti; mater legitimam hæreditatem vendicare non poterit*; &c. vbi remouens matrem à legitima filii ſucceſſione, qui ex ingenuo ſeruus factus, poſtea manumiſſus fuit; cautè dicit, ad hæreditatem filii libertini non admitti:tacitè innuens id prouenire ex diuerſitate perſonæ: alioquin ſi filius, non libertinus, ſed in priſtino ingenuitatis ſtatu reponeretur, conceſſa natalium reſtitutione,tunc & mater ex Tertulliano,& filius ex Orficiano,alter ad alterius legitimam hæreditatem admittetur; & ita etiam ampliari poteſt l. is cui, ff. de aliment. leg. quamuis de ſeruo hominis loquatur.

21 Hinc etiam † explicabitur Modeſtinus, in d.l. is quis,7.ff. vnde cognati,vt videlicet tantum procedat,quando cognatus ſeruus hominis effectus,poſtea ſimpliciter manumiſſus eſt: tunc enim vt alius homo, non admittitur ad cognatorum hæreditates; quod adhuc obſeruandum fore meritò aſſerit gloſ. & Doctores ibidem; ſi tamen vltra manumiſſionem ſuperueniat natalium reſtitutio, quo caſu priſtinæ ingenuitati reſtituitur, vt ſuperius probauimus, cognationem quoque recipit, & conſequenter vt cognatus ſuccedit,eique vt cognato ſucceditur; eleganter notat gloſ. ibidem; eademque fuit ſententia Ioannis relati à gloſ. verbo,ſi manumiſſus, in §. quod autem, Inſt. de capite minutis,gloſ. ſingularis in l. 2. ff. de bon. poſſeſs. contra tabul.

22 Pro perfecta † nuper traditarum reſolutionum cognitione, aduertendum eſt Primò, quod in terminis manumiſſionis, adhuc non dicatur idem homo,qui antea fuerat, ille, qui non ingenuus,ſed libertinus antea erat: quaſi libertinitas, quam manumiſſione acquirit, iuxta l. homo liber,ff. de ſtatu hominum, eadem fuerit cum antiqua: quia immò diuerſa omninò libertinitas eſt,& diuerſus homo, d.l. ſeruus legatus, 27. §.vlt. in fine,ff. de adim.legatis: nam ſicut ingenuus poſt ſeruitutem manumiſſus libertinæ conditionis ſit, & alius homo,d.l.homo liber,d.§.vlt. ita & hic, de quo agimus, in genere libertinitatis diuerſus liber tus remanet ab eo, qui fuerat: & ita d.l.1.§.filio,& d.l.2.poſt princip.ff.ad S.c.Tertul.& d. l.is qui,ff. vnde cognati,& ſimiles, quæ excludunt eum, qui ex ingenuo factus eſt ſeruus, & per manumiſſionem libertinus, etiam excludent eum, qui cum olim libertinus eſſet, ſeruus poſtea factus,per manumiſſionem ad aliũ, ac diuerſum libertinitatis ſtatum peruenit.

23 Deinde † aduertendum eſt,quod nec etiam ad ſucceſſiones admittetur natalibus reſtitutus; ſi antea non ingenuus, ſed ſeruus naſceretur; & ſemel manumiſſus, iterum in ſeruitutem deductus,tandem manumiſſus, & natalibus reſtitutus eſt: ſolent enim aliquando Principes,eum qui ſeruus natus eſt,& poſtea manumiſſus, natalibus reſtituere, hoc eſt, ingenuũ efficere; quæ quidem reſtitutio,non ipſius reſtituti natales reſpicit,ſed eos, in quibus in initio omnes homines fuerunt, vt eleganter docet Marcianus, in l. 2. ff. de natal. reſtit. dum inquit: *Interdum,etſi ſerui nati ſint, ex poſt facto iuris interuentu ingenui fiunt; vt ecce, ſi libertinus à principe natalibus ſuis reſtitutus fuerit; illis enim vtique natalibus reſtituitur, in quibus in initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipſe naſcitur,*

naſcitur, cum ſeruus natus eſt; &c. & ibidem notat gloſſa prima, & reliqui: nam iſte natalibus reſtitutus adhuc diuerſus homo eſt ab eo, qui fuerat, etiam cenſura iuris, quia antea libertinus, nunc ingenuus eſt: nec tunc reſtitutio eſt particularis repoſitio in eiuſdem priſtinum ſtatum, ſed potius generalis quædam, & in abſtracto, vt philoſophi loquuntur, quæ reſpicit communem, ac naturalem omnium ſtatum: vnde ſi filius fuerit libertinus, & ſeruus interim factus, manumiſſus ſit, & poſtea natalibus à Principe reſtitutus, non admittetur ad legitimam matris hæreditatem, nec mater ad ipſius; ſic ampliata deciſione d. l. 1. §. filio, & l. 2. poſt princip. ff. ad S.c. Tertul. nec ad agnatorum ſucceſſiones admittetur, ſic etiam ampliata deciſione d. l. is qui, ff. vnde cognati: quia licet melioris conditionis nunc ſit, quoad qualitatem perſonæ, alius tamen, & diuerſus homo eſt, & conſequenter ceſſat ratio mutuę ſucceſſionis.

SVMMARIVM.

Latiſſimè agitur de intellectu l. filiusfamil. 114. §. cum pater, ff. de legatis 1. à numero 1. per totum.

An ſucceſſor maioratus, vel fideicommiſſi familiaris, ſi ſimul ſit hæres vltimi poſſeſſoris, poſſit reuocare alienationem rei prohibitæ factam ab vltimo poſſeſſore, num. 1. vbi remiſſiuè amplectitur affirmatiuam.

Remiſſiuè explicatur l. eum à matre, C. de rei vend. ibidem, & nu. 3.

Qui contra publicam vtilitatem alienat, reuocare poteſt per ſe factam alienationem. nu. 2.

Hæres alienantis poteſt reuocare alienationem rei alienari prohibitæ, quamuis alienans priuetur iure maioratus, vel fideicommiſſi, contra Molinam, & plures, nu. 3.

Obiter explicatur l. filium, ff. de liberali cauſa. ibidem.

Tacita approbatio factorum defuncti, quæ oritur ex aditione hæreditatis, ſolum habet locum in ijs, quæ validari poſſunt. ibidem.

Quando hæres vt hæres, dumtaxat ſuccedit in re aliqua, eodem omninò iure cenſetur, quo defunctus. ibidem.

Probibitio alienandi in fauorem familiæ, tunc parit petitionem omnibus de familia, quando alienatio ſit, nu. 4.

Vt omnibus de familia competat fideicommiſſi petitio, ſufficit legare extero rem prohibitam, quamuis traditio ſecuta non fuerit. nu. 5.

Quando competit petitio fideicommiſſ. propter alienationem factam extra familiam, omnes eiuſdem gradus admittuntur. nu. 6.

Querela inofficioſi teſtamenti reducit rem omninò ad cauſam inteſtati, niſi ſit inſtitutus hæres, qui etiam ab inteſtato venire debeat. nu. 8.

Quæ mens fuerit I. c. Marciani in noſtro §. cum pater, verſ. ſed etſi cum duos, quando plurium exhæredatorum meminit, nu. 9. cum præced.

Limitatur d. §. cum pater, in princip. & in verſ. ſed etſi eum. ſi nullus ex filijs fuiſſet inſtitutus hæres. nu. 10.

Exhæredatio ſuſtinetur, dum pro aliqua parte teſtamentum tenet. nu. 11.

Latiſſimè explicatur noſter §. cum pater, verſ. ſed etſi cum, à nu. 12.

An exhæredatus filius cenſeatur eſſe de familia exhæredantis? ibidem. & nu. 15.

An poſſeſſor maioratus, vel fideicommiſſi familiaris, poſſit ex cauſa exhæredare filium ſucceſſorem? nu. 14. & omninò, nu. 19.

Obiter explicatur l. 1. §. ſed etſi patruus, ff. de coniung. cum emancip. ibi: pro mortuo habetur; *numero 15.*

Explicatur l. ſi ex patronis alicui, §. Iulianus, ff. de bonis libert. nu. 16.

Quando fideicommiſſum, vel maioratus incipit in perſona filiorum alcuius tertij, nullatenus inſpicitur exhæredatio patris. ibidem, & nu. 18.

Explicatur remiſſiuè cap. licet, de voto. nu. 17.

Inſtitutus hæres, qui conſentit alienationi rei alienari prohibitæ, factæ per defunctum, non admittitur poſtea ad vindicationem eiuſdem rei, num. 20. & nu. 28. ſecus ſi non conſenſerit, nu. 22. & à num. 24.

Quomodo fiat partitio fideicommiſſi in l. is qui complures, 94. ff. de legatis 3. nu. 23.

Explicatur regula l. ex qua perſona, ff. de regul. iuris. nu. 25.

Explicatur l. vnum ex familia, §. ſed ſi vno, & §. ſi duos, ff. de legatis, 2. nu. 26.

Explicatur non ineleganter d. l. vnum, §. ſed etſi fundum, à nu. 29.

Fideicommiſſum, quo quis ſimpliciter grauatur de reſtituendo familiæ, vel vni de familia: facta reſtitutione perit: & efficitur res propria fideicommiſſarij; & de ea rogari poteſt. d. nu. 29.

Qui ita legat rem alienam, vt æſtimatio præſtetur, non de alieno, ſed de proprio diſponit. nu. 30.

Quandocunque res alienari prohibita alienatur, omnibus de familia ſtatim competit petitio. ibidē.

Explicatur d. §. ſed etſi fundum, verſ. petiturus, ibi: poſt mortem videlicet eius. *&c. contra omnes fere interpretes, nu. 31.*

Explicatur l. peto, §. prædium, ff. de legatis 2. numero 32.

Effectus neceſſarij, qui ſequuntur à cauſa voluntaria, non dicuntur ſimpliciter neceſſarij, & inuoluntarij. ibidem.

Explicatur d. §. ſed etſi fundum, verſ. & ideo. numero 33.

Explicatur noſter §. cū pater, verſ. quod euenit. n. 34.

Emanci-

Emancipatus filius adhuc dicitur de familia patris. ibidem.

Filij non dicuntur de familia matris. ibidem.

Explicatur obiter l. 1. verſ. in eo, ff. ad S.c. Silanian. ibidem.

Exhæredatus nunquam exit è patria poteſtate. numero 36.

Explicatur noſter §. cum pater, verſ. ſed ſi omnes, à nu. 38. & nu. 42.

Explicatur noſter §. cum pater, verſ. verum eſt enim. nu. 39.

Ex inſtitutione præſumitur quis in dubio electus, & nominatus ad fideicommiſſum familiare, numero 42.

Explicatur noſter §. cum pater, verſ. item ſi unum, nu. 43.

CAPVT VIII.

Ad I. c. Marcianum in l. filiusfam. 114. §. cum pater, ff. de legatis primo.

1 IN fideicommiſſo † familiari, vel maioratu Hiſpanico, quando in eo ſuccedit hæres vltimi poſſeſſoris, aliquid in vita alienantis, communiter reſoluitur, talem hæredem non poſſe reuocare alienationem. per text. in l. cum à matre, C. de rei vendicat. cum ſimilibus, & præſertim per text. in l. filiusfamil. 114. §. cum pater, ff. de legatis 1. vt ibidem notant omnes; latiſſimè tradunt Hiſpani, Roder. Xuarez, in repet. l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtam. ampliatione 7. à nu. 4. Gregor. Lopez. in l. 24. tit. 5. partita 5. gloſſa, *entonce*. Anton. Gomeſ. in l. 40. Tauri, num. 84. Molina, de primogen. lib. 4. cap. 1. num. 16. vbi totum huius ſententiæ robur agnoſcit in d. §. cum pater, quem putat omni ſolutione maiorem.

Contrariam tamen ſententiam, immò ſucceſſorem maioratus, licet in ſimul ſit hæres alienantis, poſſe reuocare alienationem, maturè, ac neruosè, vt ſolet, tuetur patruus meus Arius Pinellus, in l. 1. C. de bonis maternis, 3. parte, nu. 99. à verſ. ſed pro ſucceſſore. Hiſpanus Peralta, in Rubr. ff. de hæred. inſtit. à nu. 64. in qua etiam coactus reſidet Molina, d. cap. 1. nu. 30. & tandem Luſitanus Vallaſcus I.c. cordatiſſimus, conſ. 69. nu. 19. verſ. ceterum, quorum opinionem lubens ſequor, alioquin enim breuiſſimo tempore maioratus, & ſimilia familiaria fideicommiſſa dilaberentur, cũ fere de parentibus in liberos hæredes deſcendant; & ex alijs, quæ vtiliter conſiderant nuper citati: qui quidem ſatisfaciunt d. l. cum a matre, C. de rei vendic. tum ex diuerſitate, & natura bonorum; tum ex progreſſu, & fine.

2 Et pro † eadem parte facit, quod & ipſe vltimus poſſeſſor, qui contra ius, & voluntatem teſtatoris alienauit, talem inutiliter factam alienationem reuocare poteſt, l. quemadmodum, C. de agricolis & cenſit. lib. 11. vbi notant omnes, l. iubemus, §. ſane, C. de ſacroſ. eccleſ. per quæ iura in feudo, vel fideicommiſſo familiari, tenuerunt multi relati per proximè citatos, innumeros refert Molen. d. cap. 1. nu. 17. cum ſeqq. ergo, & alienantis hæres reuocare poterit.

Nec fundamentum hoc eneruat reſponſio Molinæ, & plurium, quos refert d. cap. 1. nu. 21. cum ſeq. quod dicta iura procedant, quando præter alienantem, vel eius hæredem, nullus alius remanet, qui alienationem poſſit reuocare. Hæc enim expoſitio reſtringit, & violat prædictorum iurium regulam, quæ indiſtinctè ob publicam vtilitatem permittit reuocationem. Præcipuè, quia dabile eſt, ne ſit alius, qui reuocet, niſi ipſemet hæres, qui ſucceſſit in maioratu, vel fideicommiſſo, quo caſu agnoſceret Molina, illum reuocare poſſe, ergo, non quatenus hæres tunc repelleretur, quod ſufficit, vt conuincatur Molinæ reſponſio; qui tandem huius argumenti vim agnoſcit, & comprobat, d. nu. 30.

3 Quam reſolutionem † amplector etiam, quando ob factam alienationem ſtatim ad ſequentem defertur maioratus, vel fideicommiſſum: nam tunc, licet iſte ſucceſſor fiat etiam hæres vltimi poſſeſſoris alienantis, poterit alienationem reuocare, quamuis ipſe alienans non potuiſſet, vtpote priuatus iure maioratus, vel fideicommiſſi. Ratio eſt: quia iſte ſucceſſor maioratus, vel fideicommiſſi, à tempore factæ alienationis, iure proprio acquirit maioratum, vel fideicommiſſum, ex antiqua diſpoſitione teſtatoris; nec poſtea agnoſcendo alienantis hæreditatem, eo ipſo cenſetur conſentire ipſius alienationi, quam nec ipſe facere poteſt: nam regula l. filium, ff. de liber. cauſa. vbi inquit Vlp. *Filium, ob hoc, quod patri hæres extitit, prohiberi à patre ſuum ſeruum manumiſſum, in ſeruitutem petere*; & d. l. cum à matre, cum ſimilibus, locum habet in ijs, quæ propria ſunt hæredum, & de quibus liberam habent diſponendi facultatem, ita, vt tacita agnitione rata manere poſſit alienatio à defuncto facta, tunc enim hæredes per aditionem conſentire creduntur: ſecus in

cus in

cus in his, in quibus hæredes non habent liberam diſpoſitionem, tunc namque ſimplex agnitio hæreditatis alienantis, non induceret conſenſum hæredum in ſolum ipſorum præiudicium, ſine tuitione voluntatis defuncti; ius enim talem approbationem, quam tacitè præſumit ex aditione hæreditatis, ad effectum dumtaxat conſeruandæ voluntatis defunctorum conſiderat; quod tamen in præſenti deficit in dubio, cum nec approbante hærede voluntas defuncti tuta maneat; nec ius illam probari velit. Vnde corruit ſententia Cornei, conſ. 244. num. 3. lib. 3. Tiraquel. de retract. lignagier, §. 26. gloſſa 2. nu 8. quos refert, & ſequitur Molina, d. lib. 4. cap. 1. nu. 22. qui exiſtimant, in his terminis etiam hæredem eo ipſo priuatum cenſeri eodem maioratus, & fideicommiſſi iure; & conſequenter non poſſe vendicare rem alienatam per vltimum poſſeſſorem, cuius effectus eſt hæres; quod falſum eſſe probauimus, in ijs, quæ hæres, non quatenus hæres acquirit; nec liberam habet diſponendi facultatem. Eorum tamen ſententia rectè procederet, quando hæres, vt hæres dumtaxat, ſuccederet in maioratu, vel fideicommiſſo familiari: tunc enim ſicut defunctus remouetur à vendicanda re, quia iure maioratus, vel fideicommiſſi propter alienationem deſtitutus fuit, ita, & eius hæres, ex regula l. nemo plus iuris, ff. de regulis iuris, vel quando hæres liberam haberet diſtrahendi facultatem: quia tunc agnoſcendo voluntatem defuncti, eius alienationem approbare, vel alienare cenſeretur, d. l. filium, cum ſimilibus, iuncta regula l. ex qua perſona, ff. de regulis iuris.

4 Ille itaque † tantum nodus reſtat ſoluendus ex noſtra l. filiusfamil. §. cum pater, ff. de legatis 1. quæ videtur denegare petitionem fideicommiſſi familiaris, ei, qui ſucceſſor fideicommiſſi futurus alias erat, ex eo, quod ſit alienantis hæres, in d. autem §. cum pater, ita ſcribit Marcianus: *Cum pater filio hærede inſtituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommiſit ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret: & filius decedens duos hæredes inſtituit, tertium exhæredauit: eum fundum extraneo legauit: Diui Seuerus, & Antoninus reſcripſerunt, verum eſſe, non paruiſſe voluntati defuncti filium. Sed etſi cum duos exhæredauit, vnum hæredem inſtituit, fundum extraneo legauit: vt putat Marcellus: poſſe exhæredatos petere fideicommiſſum; quod euenit, etſi viuus filios emancipaſſet, & poſtea fundum alienaſſet. Sed ſi omnes filij hæredes inſtituti ſint ex diſparibus partibus, non poſſunt petere fideicommiſſum ex minore parte ſcripti, vt viriles, non hæreditarias partes in eo habeant. Verum eſt enim, in familia reliquiſſe, licet vni reliquiſſet, item ſi vnum hæredem inſtituiſſet, nec quicquam legaſſet: exhæredati nihil interim, quamdiu in familia res eſt, petere poſſunt.*

Pro clariori huius text. interpretatione, prænotandum eſt, quod in noſtro §. cum pater, non ſolum teſtator prohibuit alienationem, ſed inſuper in caſu alienationis, induxit fideicommiſſum familiare. patet ibi: *Ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret*; & ibi: *Poſſe exhæredatos petere fideicommiſſum*. Conſtat igitur non aliàs eſſe locum fideicommiſſo familiari, de quo hic, quam in caſu alienationis extra familiam factæ: & ita ſi vni de familia relinquatur, ceteri interim non audientur, vt patet ibi: *Verum eſt enim*, &c. & in verſ. item ſi vnum.

5 Sufficit † autem, quod res prohibita alienari, extero legetur; vt fideicommiſſo locus ſit: quamuis legatario traditio adhuc legati facta non fuerit, vt probat noſter §. cum pater, in verſ. ſed etſi cum, & in verſ. item ſi vnum, ibi: *Nec quicquam legaſſet*; &c. ideque in pęnam alienantis, ſeu non parentis voluntati defuncti.

6 Et cum † aperitur locus fideicommiſſo familiari, omnes eiuſdem gradus ſuccedunt, l. cum ita, §. in fideicommiſſo, l. peto, §. fratres, ff. de legatis 2. vbi notant omnes, Molina, de primogen. lib. 1. cap. 1. nu. 7. Aluarus Vallaſcus. conſ. 82. nu. 10. licet aliud in maioratu Hiſpanorum ſeruetur, vt per proximè relatos. Couarruuias, lib. 3. variarum reſolut. cap. 5. nu. 3. nam maioratus ſemper vni tantum defertur.

7 Proponit † igitur Marcianus primã ſpeciẽ in princip. nempe, teſtator, cui prohibitio alienationis impoſita erat, moriens inſtituit duos filios, & tertium exhæredauit, & fundum (in quo aderat prohibitio alienationis, & fideicõmiſſum familiare) extero legauit: quæſitum fuit ab Impp. Seuero, & Antonino, an voluntati defuncti paritum eſſet? reſcripſerunt, paritum non eſſe. In qua deciſione, & in verſ. ſed etſi cum duos, videtur I.c. ponere rationẽ dubitandi reſpectu exhæredatorum, quaſi videlicet, ex eo, quod vnus, pluresue eſſent exhæredati filij, fideicommiſſo locus non foret; quod manifeſte innuit in d. verſ. ſed etſi, vbi cum plures ſunt exhæredati, videtur ineſſe maior dubitandi ratio.

8 Vnde † inquirendum eſt, cur mentionem faciens I. c. de exhæredatis dubitauit de fideicommiſſo; & cur eoſdem exhæredatos ad fideicommiſſum poſtea admittit. Et quod attinet ad Primum, propterea dubitauit Marcianus de fideicommiſſo, quia cum exhæredato competere poſſet querela inofficioſi, quæ rem ad inteſtati cauſam deuocat, ex ratione,

quam

quam tradit I.c. Paulus, in l. qui repudiantis, §. vlt. ff. de inoff. teſt. ibi: *Cum contra teſtamentum, vt inofficioſum iudicatur, teſtamenti factionem habuiſſe defunctus non creditur*; &c. Vnde legata corruebant, adeo vt nec ab inteſtato repetita ſuſtineantur, l. Titia, ff. de inoff. teſt. ibi: *Nec fideicommiſſa ab inteſtato data, deberi, quaſi à demente*; Conſequenter quoque legatum, quod extero relictum erat de re alienari prohibita, deficere poterat, & iterum in familia manere: locusque fideicommiſſo intercluderetur; quod quidem, vt diximus, tunc incipiebat, cum extra familiam res prohibita tranſire poterat.

Et quamuis pro validitate fideicommiſſi replicari poſſet, quod in terminis noſtri §. cum pater, licet exhæredatus de inofficioſo quereretur, & vinceret; adhuc teſtamentum ſuſtinendum foret, & in eo contenta eum ſint inſtituti hæredes, qui etiàm ab inteſtato ſuccederent, vt probat Iur. c. in lege mater decedens, ff. de inoff. teſtam. & conſequenter locus fieret fideicommiſſo familiari, adhuc tamen in euerſionem fideicommiſſi replicari poterat, quod tametſi tunc pro ea parte teſtamentum ſuſtineretur, pro qua ſunt alij filij inſtituti, d. l. mater decedens, & lege nam etſi parentibus, §. vlt. ff. de inoff. teſt. nihilominus tamen pro parte, qua exhæredatus perlata querela uicit, legata minuuntur, cum eam partem ſibi auferat, vt probat, lex cum filius 76. vbi notant omnes, ff. de legatis 2. gloſſa verbo, pro parte, & reliqui, in dicta lege nam etſi, §. vltimo, & ita non in totum res extra familiam tranſibat; & multo minus, quando plures exhæredati eſſent: nam pluribus de inofficioſo querentibus, & ſuas portiones vindicantibus, nihil penè extero legatario relictum videbatur, & quodammodo fideicommiſſo locus non erat. Contrarium tamen merito decidit I. c. quia licet exhæredatus, exhæridatiue perlata querela vincerent: nihilominus cum pars legati extero relicti ſuſtineatur ex ratione dictæ legis cum filius, iam aperitur locus fideicommiſſo familiari, ex eo, quod non ſit paritum voluntati defuncti, quæ omninò prohibebat, ne fundus, aut quælibet illius pars extra familiam tranſiret, vt eleganter innuit noſter §. cum pater.

9 Et hinc † aperitur mens Marciani, in verſiculo, ſed etſi cum duos, vbi adijciens idem reſoluendum eſſe, quando plures ſunt exhæredati; maiorem dubitandi rationem innuit, quaſi tunc perlata inofficioſi querela teſtamentum pro maiori parte corruat, & minor legati pars in legatarium extraneum tranſire poſſit, maiori in familia manente.

Colligitur deinde mentionem exhæredatorum, de qua hic, eſſe quo minus, non quo magis fideicommiſſo locus ſit, ex ſuprapoſita conſideratione, & verbis I. c. in d. verſiculo, ſed etſi cum.

10 Colligitur † tandem, quod ſi nullus ex liberis inſtitutus fuerit hæres; ſed omnes exhæredati extraneo inſtituto: perlata à quolibet inofficioſi querela, & teſtamento rupto, omnia omninò ab extraneis auocabantur, dicta lege mater decedens, per argumentum ab ſpeciali, cum mille iuribus, ſub eodem titulo, ff. de inoff. teſtam. & ſimul fundus alienari prohibitus in familia manebat: & conſequenter fideicommiſſo familiari locus non erit, cum totum ab inteſtato poſſideatur in familia, ac ſi nihil extero relictum eſſet, ex ratione dictæ legis qui repudiantis, §. ultimo, ff. de inoffic. teſtam.

11 Cur † autem exhæredatus, exhæredatiue filij, de quibus hic (quorum exhæredatio ſuſtinetur, dum ſaltem pro aliqua parte teſtamentum ſtat, vt inquit Vlpianus, in lege ſi patronus teſtamento, §. ſi filius patroni exhæredatus, ff. de bonis libertorum.) ad fideicommiſſum admittantur, in ſequenti ſpecie oſtendemus.

12 Secundam † ſpeciem proponit Marcianus in verſiculo, ſed etſi cum duos, quando pater duos filios exhæredauit, tertium inſtituit, fundum extero legauit; in qua reſoluit, exhæredatos poſſe petere fideicommiſſum. Circa quam reſolutionem duo indaganda ſunt: Primum, quænam ratio dubitandi aſſignari poſſit, ne exhæredati ad fideicommiſſi petitionem admitterentur? Secundum, an ſimul eum exhæredatis admittantur alij filij inſtituti, ad fideicommiſſum familiare, de quo ibidem.

Et quoad primum, ſciendum eſt, rationem dubitandi in hoc textu duplicem eſſe poſſe, ne filijs exhæredatis petitio fideicommiſſi familiaris competeret: nam in primis exhæredati non videbantur eſſe de familia patris, cum mortui reputentur, lege prima, §. ſed etſi patruus, ff. de coniungend. eum emancipato, ibi: *Nam exhæredatus pater eorum pro mortuo habetur*. Quæ dubitandi ratio ſuadetur ex verſiculo quod euenit, in noſtro §. cum pater, vbi ſimiliter dubitauit de filijs emancipatis, ex eo quod per emancipationem quodammodo extra familiam poſiti eſſe cenſentur, vt aliàs innuit Papin. in lege peto, 69. §. vltimo, verſiculo vltimo, ff. de legatis 2. ibi: *Siquidam ſint poſtea emancipati, tractari poteſt, an hi quoque rectè fideicommiſſum petant? & puto rectè petituros: quoniam familiæ appellatione, perſonæ quoque hæ demonſtratæ intelliguntur*. Quam ſuprapoſitam dubitandi rationem in terminis etiam aſſignauit Vallaſcus, d. conſ. 69. n. 21.

13 Vel † aduc ex eo dubitari poterat, quia licet exhæredatus filius de familia foret: cum tamen à bonis paternis remoueatur; conſequēter quoque ad auita recipiendus non videbatur, ex textu notabili in l. ſi ex patronis alicui, §. Iulianus, ff. de bonis libert. ibi: *Quod ſi à patre ſit exhæredatus, ab auo non ſit: non ſolum à libertorum bonis paternorum, verum etiam ab aui quoque excludi debere: quia per patrem aui libertos conſequitur*; &c. vbi exhæredatio facta à patre, præiudicat exhæredato in bonis auitis, qualia eſſe conſtat ea, de quibus agitur in hoc textu, in d. §. cum pater.

14 Quæ † dubitandi ratio corrobatur ex cap. licet, de voto, vbi filius ex cauſa potuit regni ſucceſsione priuari; per quem text. tenuit receptiſsima ſententia, quod poſſeſſor maioratus, ſeu fideicommiſſi familiaris, poteſt exhæredare ſucceſſorem ex cauſa. Oldrad. conſ. 94. num. 16. Alex. conſ. 87. num. 4. lib. 6. Ripa in l. nemo poteſt, num. 7. ff. de legatis 1. Ioannes Lecerier, tract. de primogen. lib. 3. quæſt. 3. Tiraq. de primogen. quæſt. 21. nu. 4. & nu. 10. vbi latiſſimè; & in feudo idem tradit Curtius iunior, 3. parte feudorum, in membro, quemadmodum in feudo maſculi deſcendentes ſuccedant, num. 6. & num. 7. & nouiſſimè de maioratu loquens Menchaca, de ſucceſs. creat. §. 21. num. 146. plures congerit Molina, de primogenijs, lib. 1. cap. 9. nu. 1.

15 Hac tamen † multiplici ratione dubitandi non obſtante, ſecura permanet Marciani deciſio in noſtro §. cum pater, verſ. ſed etſi cum duos. Nec obſtat d. l. 1. §. ſed etſi patruus, ff. de coniung. cum emancip. quia exhæredatus non ſimpliciter mortuus dicendus eſt, ſed tantum ad effectum illius tituli, quia cum maneat per exhæredationem remotus à bonis paternis, non debet coniungi filio ſuo ad ſucceſſionem patris: & ſic quoad illum effectũ pro mortuo habetur; interim tamen de familia eſt, & in omnibus, ad quæ familia vocatur, ipſe quoque vocabitur, vt eleganter decidit Marcianus hic, iuncto verſ. ſequenti, & l. peto, §. vlt. verſ. vlt ff. de legatis 2.

16 Non obſtat † deinde text. in d. l. ſi ex patronis alicui, §. Iulianus, ff. de bonis libertorum, vt ſupra perpendimus: nam reſpondendum eſt, procedere ex peculiari quadam ratione, quę reſpectu libertorum militat, de qua nos ſupra egimus, lib. 1. cap. 8. nu. 25. quod ſcilicet, ius patronatus quodammodo ius proprium eſt filiorum: nam ſi pater non manumiſiſſet, ſeruus filijs hæredibus maneret, & vt reliqua ipſorum bona cenſeretur, §. vnico, verſ. atqui, Inſt. de fiduciaria tutela, quod eleganter innuit Vlp. in d. §. Iulianus, ibi: *Quia per patrem aui libertos conſequitur*; &c. hoc eſt, ius patronatus ſubrogatur loco iuris dominici, quod filius in ſeruis non manumiſſis haberet, & quodammodo ſit ius peculiare filij, ex ratione d. verſ. at qui. Vnde nepos exhæredatus à patre ab auitis libertis remouetur, quaſi a bonis paternis, vt aliàs innuit Aluarus Vallaſcus Luſitanus Iuriſconſ. in tract. de iure emphyt. quæſt. 45. ad finem. Quod intellige, ſi pater in illo iure patronatus ſucceſsiſſet. At fideicommiſſum, de quo in terminis noſtri §. cum pater, non tranſit per patrem in filios, ſed potius incipit in filijs ex facto patris, non parentis voluntati defuncti, vt ibidem patet, & ſupra probauimus, ergo in eo ceſſat omninò deciſio d. §. Iulianus, quæ quidem ſolum militabit, quando ſucceſſio inceperit à patre exhæredante, & ſimul deferatur non ſimplici iure ſanguinis, ſed cum qualitate hæredis, propter dictam rationem dicto §. Iulianus, in quo filius non quia hæres, ſed vt hæres ſuccedere poteſt. Vnde ceſſant quæ aliàs, tradit Vallaſcus dicto tractatu, de iure emphyt. quæſt. quinquageſima, numero quinto.

17 Non obſtat † d. cap. licet, extra, de voto, ad illud namque reſponde ex ijs, quæ tradit Ioannes le cerier, d. tract. de primog. libro tertio quæſt. 6. Couarruuias, in cap. ſi hæredes, numero decimo de teſtamento Hiſpani Gregorius Lopez, in legæ vltima, titulo decimo partit. ſexta, gloſſa vltima. Padilha in Auth. Hoc amplius, C. de fideicomiſſ. numero deximooctauo, latè Molina, de primogen. libro primo, cap. nono, numero quinto, cum præced. & ſeq.

18 Denique præfata † reſolutio de maioratu, & fideicommiſſo familiari non tranſmittendo in filium exhæredatum, quamuis ſimpliciter vera eſſet, non militat in terminis noſtri §. cum pater, vbi non agitur de fideicommiſſo tranſmittendo à patre in filios, ſed potius de incipiendo a filijs, vt oſtendimus; quo caſu non poteſt dubitari, an exhæredatio nocitura ſit: quia exhæredatus tunc admittitur propria, & peculiari vocatione, ex diſpoſitione auita, & proauita. Vnde non aptè, argumento noſtri §. cum pater, verſ. ſed etſi cum duos, reſoluit Vallaſcus. d. tract. de iure emphyt. quæſt. 45. verſ. ſed quid ſi filius, non poſſe patrem exhæredare filium à feudo, vel emphyteuſi: nam fideicommiſſum familiare, in quo exheredati ſuccedunt in terminis d. verſ. ſed etſi cum duos, non incipit in perſona patris, ſed potius propter alienationem, quam pater in exterum fecit, poſt illius mortem incepit, & competijt omnibus de familia: alioquin ſi pater extraneo non reliquiſſet fundum prohibitum, exhæredati filij non admitterentur,

vt pro-

vt probat idem §. cum pater, verſic. item ſi vnum. At Vallaſcus loquitur de feudo, & emphyteuſi, quæ vt talis, reſidebat in patre.

19 Inſuper † dicta reſolutio de maioratu, vel fideicommiſſo familiari non tranſmittendo in filium exhæredatum; tuta non eſt, niſi agamus de maioratu, ſiue fideicommiſſo, quod iure hæreditario defertur: nam in ſucceſſionibus, quæ ſimplici iure ſanguinis deferuntur, vt regulariter euenit, non debet attendi exhæredatio facta ab vltimo poſſeſſore reſpectu filij ſucceſſoris: tunc autem exhæredatio obeſſet, quando iure hæreditario ſucceſſio fieret, vt eleganter comprobat Gomeſius, in l. 40. Tauri, numero 71. & veriſſimum dicit (contrarias opiniones ita concilians) Molina, d. libro primo de primogen. cap. nono, numero tertio, omninò videndus; & in ſimili de feudo, & emphyteuſi tradit Vallaſcus, d. quæſt. 45. verſ. & id circo.

20 Quod † attinet ad ſecundum quæſitum, an in noſtro §. cum pater, verſiculo, ſed etſi cum duos, cum exhæredatis ſimul admittantur inſtituti ad petitionem fideicommiſſi? diſtinguendum reor: Aut enim inſtituti adimpleuerunt voluntatem defuncti; aut noluerunt adimplere: ſi ſumus in primo caſu, reſolutiuè dico, filios inſtitutos non fore ſimul admittendos cum exhæredatis ad petitionem fideicommiſſi, de quo hic: tum, quia non debent venire contra factum proprium, cum deficiant ea, quæ aliàs requirũtur per Vallaſc. d. conſ. 69. numero decimoquarto: tum, quia indigni putantur à iure, ex l. cum pater, §. libertis, ff. de legatis 2. vbi notant omnes. Molina, de primog. libro quarto, cap. primo, numero decimoſexto, & ab ipſo teſtatore (qui in eo caſu fideicommiſſum induxit) à talis fideicommiſſi perſecutione arceantur. Nec obſtabit noſter §. cum pater, verſ. ſed ſi omnes: loquitur enim in alijs terminis, vt inferius oſtendemus.

21 Nec † iuridica iſta, & neceſſaria reſolutio obuiat ſententiæ, quam in initio ſecuti ſumus, ſcilicet, ſucceſſorem maioratus, & fideicommiſſi familiaris, ſimul, & hæredem vltimi poſſeſſoris poſſe reuocare alienationem rerum maioratus, ſeu fideicommiſſi, factam ab vltimo poſſeſſore: quia ibi non agimus de ſucceſſore, & hærede, qui conſenſit, & approbauit factam alienationem: iſte enim cenſetur, ac ſi alienaſſet: vnde vel remouebitur, vel admittetur contra proprium factum, quando iuris diſpoſitio, vel teſtantis voluntas alterutrum ſuaſerit; Sed tantum quærimus, an poſſit ſucceſſor, & hæres, ſi velit, reſcindere, vel impedire alienationem factam ab vltimo poſſeſſore de rebus maioratus, vel fideicommiſſi, quam non probat? & reſpondemus, poſſe.

22 Si vero † in ſpecie noſtri verſ. ſed etſi cum duos, filius, vel filij inſtituti noluerunt ſtare voluntati patris extraneo legantis rem prohibitam alienari extra familiam, tunc ſine dubio admittentur ad fideicommiſſi petitionẽ, cum ſint omninò de familia, & tunc peculiari vocatione inuitentur; quod innuit verſic. iſte, dum maiorem dubitandi rationem in exhæredatis conſiderat, vt ſupra perpendimus; & manifeſtiſſimè comprobat idem §. cum pater, verſiculo ſed ſi omnes, de quo inferius agemus, & ſimul cum inſtitutis admittentur exhæredati, vt inquit I. c. in d. verſic. ſed etſi cum, vt probauimus, & ita omnes admitti docet I. c. in l. is qui complures, 94. ff. de legatis 3. ibi: *Et Iulianus rectè omnibus deberi putauit.*

23 Et in his † terminis inter filios inſtitutos, & exhæredatos, fideicommiſsi ſucceſsio in viriles portiones diuidetur: tum, quia pariter ab auo vocantur: tum etiam, quia ceſſat ratio inducendæ partitionis, de qua agit I. c. in verſiculo ſed ſi omnes, cum exhæredati ſint ab hæreditate patris excluſi, ſecundum quam explicationem intelligetur etiam partitio fideicommiſsi, de quo agit Iuriſconſ. in dicta lege, is qui complures, 94. in fine, ff. de legatis 3.

24 Ex † quibus reijcienda venit gloſſa ſententia hic, verbo, exhæredatos, quam ibidem reliqui ordinarij ſequuntur; dum aſſerit filios inſtitutos in terminis d. verſ. ſed etſi cum, non admitti ad fideicommiſsi petitionem, quod gloſſa confirmat ex regula l. ex qua perſona, ff. de regulis iuris, poſſet etiam confirmare ex l. vnum ex familia, §. ſed ſi vno, iuncta gloſſa, verbo, doli, & § ſi duos, ff. de legatis 2. vbi pro parte hæredis videtur ſuſtineri legatum in exterum collatum, de re aliàs familiari, & fortius ex §. ſed etſi fundum, in d. l. vnum, ibi: *Dixi, ita demum fideicommiſſum peti poſſe, ſi fundi pretium;* &c.

25 Nam hęc † communis gloſſæ, & reliquorũ opinio, ex adductis nõ iuuatur; In primis enim regula text. in d. l. ex qua perſona, vt iã propè initiũ tetigimus, tunc locũ ſortitur, quando hęres agnoſcendo voluntatẽ defuncti, illam ſuſtineret, ſecus, quando indiſtinctè corrueret, alijs de familia ſtatim petentibus maioratum, vel fideicommiſſum, vt inferius probabimus.

26 Nec iuuat † deinde d. l. vnum, §. ſed ſi vno, & §. ſi duos: nam omiſsis gloſſæ, & interpretum hinc inde expoſitionibus; puto in vtroque §. heredes, non eſſe remotos à fideicõmiſsi portione, quod ex facto defuncti, oĩbus de familia cõpetijt, & ideo, d. §. ſed ſi vno, ibi:

Digitized by Google

Verum is qui hæres ſcriptus eſt, ratione doli exceptionis, ceteris fideicommiſſum petentibus facere partem intelligitur: nam quæ ratio ceteros admittit, eadem tacitam inducit penſationem; non innuit hæredem eſſe omninò excluſum à fideicommiſſo; alioquin partem non faceret: ſed tantum quærit, an ex eo, quod ceteri de familia allegent, illum hæredem eſſe, & defunctum extra familiam alienātem repręſentare, debeat ab ea fideicommiſſi portione remoueri, quæ ei, vt cuilibet de familia competebat; & reſpondet hæredem doli exceptione eſſe in ſua portione tuendum illam retinendo: ob parem rationem, quæ in quolibet de familia, ſiue inſtituto, ſiue non inſtituto militat. & ſimiliter explicari debet d. §. ſi duos, ibi: *Virilem, qui ſunt de familia petent: admiſſis propter hæredes, virilium portionum compenſatione*.

27 Quæ portio † competens inſtituto hæredi non in commodum extranei legatarij, de quo ibi, ſed ipſius hæredis erit, vt probat d. §. ſed ſi vno, ibi: *Facere partem intelligitur*; &c. iuncta l. cum pater, (quæ eiuſdem Papiniani eſt) §. libertis, ff. de legatis 2. Nec obſtat d. l. vnum, §. ſed & ſi fundum, vbi text. probare videtur, fideicommiſſum pro ea parte, quæ hæredi competeret prodeſſe quoque extero fideicommiſſario, ſtatim namque ſatisfacies.

28 Quod tamen † intelligimus, ſi hæres non conſenſerit legato fundi prohibiti in exterum collato, alioquin ſi conſentiat, remouebitur omninò, & vt indignus partem non faciet, vt eleganter inquit d. l. cū pater, §. libertis, ff. de legatis 2. & ſupra latius confirmauimus; quod ſatis innuit d. §. ſed ſi vno, & §. ſi duos, dum decidentes hæredem facere partem, ſtatim meminere penſationis, & retentionis: quod oſtendit rem adhuc eſſe apud hæredem: quaſi dicant, aliter reſoluendum fore, ſi fundus extero iam legatario traditus eſſet, in quo manifeſtus hæredis conſenſus inſpicitur, & ita explicanda eſt gloſſa, verbo, exhæredatos, in fine, in noſtro §. cum pater, & ibidem Ioannes Imola, ad finem & reliqui.

29 Non iuuat † tandem ſuprapoſitam gloſſæ ſententiam dicta lege vnum, §. ſed & ſi fundum: nam ibi in fideicommiſſo fundi alienari prohibiti, in exterum collato, duplex ſpecies aſſignatur. Prima eſt, quando prior teſtator de fundo ita cauerat; *Rogo fundum, cui voles, aut quibus voles ex familia relinquas*; & in ea ſecurè reſoluit, fideicommiſſum in extraneum collatum peti poſſe, ſi rogatus, tantundem ex bonis defunctis conſequatur; & ita ibidem tenet gloſſa Dynus. Bart. Ioannes Imola numero decimo ſeptimo, & reliqui. Ratio eſt: quia diſpoſitio primi teſtatoris non inducebat fideicommiſſum familiare perpetuum, ſed tantum reſpectu priorum ſucceſſorum, vt conſtat ex ijs, quæ tradit Cumanus, in lege cum ita, §. in fideicommiſſo, numero quarto, & in lege peto, §. fratre, numero 5. ff. de legatis 2. Socin. in lege ſi cognatis, col. 8. & 9. ff. de rebus dubijs. eleganter Molina, de primogen. lib. 1. capit. 5. numero 28. ita vt primi ſucceſſores de familia, iam deinceps poſſint alienare, & diſponere tanquam de re propria: & propterea poſſunt grauari in reſtitutione eiuſdem rei, ſi ſeruetur regula lege Imperator, 70. ff. de legatis 2. vt ſecurè decidit Papin. in dicto §. ſed & ſi fundum; ibi: *Rem in expedito fore*; in quibus tamen terminis non procedit noſter §. cum pater.

30 Secunda † ſpecies eſt, quando prior teſtator perpetuum fideicommiſsum familiare fecit, vt ecce, ſi dicat; *Peto non fundus de familia exeat*: vt ex his verbis colligi tenuerunt Cumanus d. num. 4. & d. nu. 5. Socin. a d. col. 8. Molina, d. cap. 5. num. 28. in qua ſpecie ita reſoluit Papinianus, in d. §. ſed & ſi fundum, ibi: *Quod ſi talia verba fuiſſent, peto, non fundus de familia exeat: hæredis hæredem propter ſequens fideicommiſſum, quod in exterum collatum eſt, oneratum intelligi*; &c. Quæ verba interpretes omnes ita intelligunt, vt vel putent, extraneum fideicommiſſarium obtenturum æſtimationem fundi prohibiti, vt volebat gloſſ. ibi, verbo, oneratum, Dynus, quem ibidem refert, & reprobat Ioannes Imola, n. 19. vel etiam ipſum fundum alienari prohibitum ad extraneum peruenire debere, licet ab eo per ceteros de familia auocandus foret.

Verum hęc duplex explicatio non conuenit: nam ſi mens teſtatoris eſſet, (quando fundum prohibitum reſtitui extero iubet) vt illius æſtimatio extraneo ſolueretur: iam ceteris de familia non pateret aditus ad petendum fideicommiſſum: cum nihil contra prohibitionem teſtatoris primi factum ſit, tunc enim diſponit ſecundus teſtator de proprio patrimonio non de alieno, & tamen d. §. ſed & ſi fundum, verſ. petituris, oſtendit apertum eſſe locum omnibus de familia, quod videlicet contra formam prioris teſtatoris diſponeretur, ergo, &c. Si verò intelligamus quod hæres hæredis iubentis prohibitum fundum extero reſtitui, tenetur effectualiter eūdem fundum reſtituere id quidem ſine vtilitate foret, cum ſtatim ab extero auferendus eſſet, vt eſt conſtitutiſſimum per omnes ibidem, ex Ioanne Imola, n. 17. ad finem: nam quandocunque res alienari prohibita extra familiam alienatur, ſtatim ceteris de familia competit fideicommiſſi petitio, text. in l. peto, §. fratre, ff. de legatis 2. ibi: *Sed ſi domus ad exterum quandoq; peruenerit,*

fideicom-

fideicommiſſi petitio familiæ competit, &c. Paul. Caſtr. in l. cum pater, §. libertis, n. 4. ff. de legatis 2. & in l. vlt. §. vlt. nu. 7. C. communia de legatis; elegànter Molina, omninò videndus lib. 1. de primogenijs, cap. 16. nu. 32. & n. 33. reſpondet obiectis.

31 Vnde † relata verba d. §. ſed & ſi fundum, quatenus dicunt, hæredem hæredis oneratum intelligi, omninò debent explicari reſpectu fideicommiſſi familiaris, vt videlicet, quando fideicommiſſum eſt perpetuum familiare, & ab hærede hæredis per fideicommiſſum iubetur alicui extraneo reſtitui, eo ipſo aperiatur locus omnibus de familia ad fideicommiſſi petitionem; & in hoc manet oneratus hæres hæredis; quamuis ipſe, qui de familia eſt, principaliter fuerit electus: quaſi idem ſit, quando directè extero legatur, vel quando per indirectum mediante reſtitutione, vt tenuit gloſſa ibidem, verbo, efficiat, in fine, & hinc prouenit, quod poſt mortem primi hæredis relinquentis, ceteri de familia admittuntur, vt patet ibi: *Petituris deinceps ceteris ex primo teſtamento fideicommiſſum, poſt mortem videlicet, eius, qui primò electus eſt*, &c. vbi ſtatim, cum primus hæres, qui fundum prohibitum extra familiam reliquit, deceſſerit (de eo enim intelliguntur proximè relata verba, ibi: *Poſt mortem videlicet eius*.) &c. Quid quid de morte hæredis rogati interpretetur gloſſa ibidem, verbo, eius, quam ibi ſequitur Bart. num. 2. in fine, Paul. num. 4. verſ. vlt. Imola num. 18. & alij, ſentit Tiraquel. de retractu conuentionali, §. 3. gloſſa vnica, num. vlt. in fine) ceteri de familia admittuntur: dubitabatur namque, an ſtatim à tempore, quo primus hæres in ſuo teſtamento relinquebat extero fundum prohibitum, competeret fideicommiſſi petitio omnibus de familia? propter d. l. peto. §. fratre, ff. de legatis 2. vt ſuperius notauimus. Sed deciditur, non ſtatim, ſed cum moritur, admitti debere; quia tunc videtur alienare extra familiam: nam antea vltima voluntas imperfecta eſt, & omnino reuocabilis, ac ſi facta nunquam fuerit, l. 4. ff. de adimend. legat. l. cum hic ſtatus, §. ait oratio, ff. de donat. inter virum l. ſi quis Imperatorum, 6. C. qui teſtam. facere poſſ. cap. cum Marthæ, 6. verſ. ceterum, extra de celebrat. miſſarum.

32 Nec obſtabit † d. l. peto, §. prædium, ibi: *Tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, poſt mortem eius non habiturus*, &c. nam apertè loquitur de cauſa ſimpliciter neceſſaria, & propterea attenditur mors eius, à quo immediatè bona ad exterum deuenerunt, quod non euenit in obligatione reſtituendi extraneo, quæ prouenit a libera aditione hæreditatis: effectus enim, qui neceſſario ſequuntur ab actibus liberis, & voluntarijs, non ſunt dicendi ſimpliciter neceſſarij, quales requirit d. §. prædium, ſed potius voluntarij in ſua cauſa, & origine, quam quis liberè amplectitur: quidquid in propoſitis terminis contradicat gloſſa, verbo, voluntaria, ad finem, in dicto §. prædium, vbi fere omnes ſequuntur. Ioannes Imola, numero 19. ad finem, & quos ſimul ſupra proxime citauimus.

33 Et ex dictis † infertur intellectus ad eundem §. ſed etſi fundum, verſ. & ideo, dum inquit: *Et ideo ſi electo vno, fideicommiſſum, in exterum non conferatur, non aliàs ei, qui electus eſt, fideicommiſſum præſtandum erit, quam interpoſitis cautionibus*; &c. quaſi dicat, cum hæres non poſſit fundum prohibitum extra familiam alienare, ſiue ex ſuo arbitrio, ſiue rogatus ab alio: ſequitur, non aliàs familiare fideicommiſſum præſtandum, quam ſi prius cauerit, ſe cum effectu penes ſe conſeruaturum tale fideicommiſſum: quod manifeſtè probat, nullo vnquam caſu poſſe hæredem rogari, vt fundum prohibitum extra familiam alienet, etiã per tempus vitæ ſuæ, vt ſatis ab ſpeciali probat d. §. prædium.

34 Succedit † iam tertia ſpecies, quam proponit Marcianus in noſtro §. cum pater, verſ. quod euenit, ſi teſtator filios omnes emancipaſſet, an ad eos emancipatos fideicommiſſi familiaris petitio pertineat; reſpondet, pertinere. Ratio dubitandi erat, quod filij emancipati, videbantur eſſe extra familiam, ſicut & extra poteſtatem ſunt, §. ceteri. Inſt. de hæred. qualit. & conſequenter illis non competere petitionem fideicommiſſi familiaris, vt innuit Pap. in l. peto, §. fratre, verſ. vlt. ff. de legatis 2. gloſſ. hic, verbo emancipaſſet. Sed quia emancipati ad hunc effectum, qui naturaliter conſideratur, & ſecundum ius ſanguinis, ſunt in familia, ad fideicommiſſum recipiuntur, vt etiam decidit Pap. in d. §. fratre, verſiculo vltimo, quod autem emancipati adhuc dicantur eſſe in familia patris naturalis emancipantis, probat in primis dicto §. fratre, verſiculo vltimo, & gloſſa, verbo, non habebitur, in lege prima, verſiculo in eo, ff. ad Senatus conſ. Syllan. quod etiam probatur per text. ibi: vbi ſerui matris non poſſunt torqueri pro nece filij: & tamen ſerui patris poſſunt pro nece filij emancipati, iuxta verſiculum præcedentem, in eadem lege prima, ibi: *Vt etiam ad eos liberos pertineat, qui in poteſtate non ſunt*; &c. & conſtat, vtrobique tam reſpectu matris omnes liberos, quam reſpectu patris emancipatos, non eſſe in poteſtate, dicto §. ceteri, ergo, vt ali-

qua poſſit aſſignari differentia, & decidendi ratio quoad illud Senatus conſultum, opus eſt, dicere emancipatos adhuc cenſeri in familia patris: non tamen filios reſpectu matris, vt etiam innuit l. pronunciatio, §. vlt. in fine, ff. de verb. ſignif.

35 Vnde † apertè colliges I.c. in noſtro §. cum pater, totum eſſe in indagando, an illis, qui aliqualiter extra familiam eſſe videbantur, competat fideicommiſſi petitio? & decidit, cōpetere, & ita probat potius hic tex. I.c. velle magis oſtendere, prædictos filios exhæredatos, & emancipatos eſſe de familia, & admitti ad fideicommiſſum familiare; quam excludere filios inſtitutos ab eodem fideicommiſſo, vt tetigit, ſed non firmauit Vallaſc. conſ. 69. num. 21.

36 Deinde † colliges I. c. circa emancipatos maiorem dubitandi rationem ſenſiſſe, quam quoad exhæredatos, vt innuit d. verſ. quod euenit, ibi: *& ſi viuus filios emancipaſſet*, &c. & ratio eſt: quia exhæredatus, nunquam exiuit patria poteſtate; exhæredatio enim ſolum remouet à bonis, ſi teſtamentum ſubſiſtat; & ideo, ſi poſtea teſtamentum irritetur, exhæredatio quoque extinguitur, & filius ſuus hæres etiam cum effectu remanet, l. filium, ff. de bonorum poſs. contratabul.

37 In hac tertia † ſpecie non ſe reſtringit I. c. ad alienationem factam per viam vltimæ voluntatis; ſed potius generaliter loquitur de qualibet alienatione etiam inter viuos, vt colligitur ex d. verſ. quod euenit, ibi: *Et poſtea fundum alienaſſet*; &c. vbi cum dicat I.c. teſtatorem, poſtquam filios emancipauit, fundum alienaſſe: videtur ſentire, alienationem etiam fuiſſe factam in vita, & iam tunc emancipatum ad fideicommiſſi petitionem admittendum.

38 Quarta ſpecies † eſt in verſ. ſed ſi omnes, vbi fundo alienari prohibito extra familiam collato, & reliquis filijs hæredibus inſtitutis; reſoluit, omnes ad fideicommiſſum admittendos, & non pro virilibus, ſed pro hæreditarijs, quas habent, portionibus. Quod autem loquatur in terminis, in quibus alienatio in exterum collata fuit; probatur in primis, ibi: *Sed ſi*, quæ aduerſatiua ſuppoſitis iiſdem terminis circa alienationem, variat ſpeciem circa qualitatem eorum, qui ſunt de familia, vt videlicet, ſi nec ſint exhæredati, nec emancipati præteriti, an & pro qua parte admittantur? Deinde probatur, ibi: *Non poſſunt petere fideicommiſſum ex minore parte ſcripti*; &c. vbi agit de petitione fideicommiſſi, quæ quidem tunc locum habebat, quando extra familiam alienatio fiebat, vt ſupra paſſim notauimus, & probauimus: nam manente fundo in familia, inter ipſos hæredes vltimi poſſeſſoris, ſicut & reliqua eiuſdem bona, diuidebatur. Probatur tandem ex verſ. item ſi vnum, ibi: *Nec quicquam legaſſet*; &c. vbi quando inſtituto filio non fuit facta alienatio extra familiam, id ſtatim expreſſit I. c.

39 Nec obſtat † d. verſ. ſed ſi omnes, ibi: *Verum eſt enim, in familia reliquiſſe, licet vni reliquiſſet*; &c. Quæ verba rationem præcedentium reddere videntur, & conſequenter innuere, fundum non eſſe alienatum extra familiam: nam (vt obiectionem diluamus) ſi prædicta verba præcedentibus annecterentur in vim rationis, vt ipſa denotant, contrarium maneret deciſum, videlicet, non omnes de familia pro hæreditarijs portionibus eſſe admittendos, ſi vni de familia fundus legatus eſſet: non enim tunc locus aperitur fideicommiſſi petitioni, vt ſupra probauimus, & oſtendit verſ. ſequens. Quapropter relata verba non ad præcedentia referuntur, ſed ad tacitam quādam quæſtionem, vtrum ſcilicet relicto fundo vni de familia, etiam alijs competat petitio fideicommiſſi? & negatiuè reſpondere I. c. ſupponunt relata verba, vbi ratio redditur, de quo etiam agitur in verſ. ſequenti.

40 Suppoſito † igitur, quod inſtituti admittuntur: non modica difficultas oritur in termimis d. verſ. ſed ſi omnes, quatenus fideicommiſſi diſtributio non in viriles, ſed in hæreditarias partes fiat: cum in fideicommiſſo, non ex voluntate patris, ſed potius contra ipſam recipiantur; Id autem forſan tradit I. c. quia etiam ius accreſcendi hæreditarium contra voluntatem aliquando inducitur: vt aliàs tenuit Dynus (cuius ſententia eſt in puncto iuris verior, de quo alibi) relatus à Baldo in l. ſi quis ita hæres inſtituatur, ff. de hæred. inſtit. & tamen nunquam in eo viriles, ſed hæreditariæ partes attenduntur; dandæ itaque ſunt manus I.conſulto, qui adhuc quoad diſtributionem fideicommiſſi voluit conſeruare voluntatem defuncti coniecturatam ex diſparitate portionum: vnde ſi extra hos terminos ſimus, immò aliquis exhæredatus vel emancipatus præteritus ad tale fideicommiſſum admittendus foret, tunc æqualis, ac virilis omnium fieret diſtributio, vt ſupra probauimus.

41 Vnde † iam manebit hic text. apertus contra illos, qui ex illo nitebantur oſtendere, ſucceſſorem maioratus, vel fideicōmiſſi familiaris, ſi ſimul eſt hæres vltimi poſſeſſoris, aliquid extra familiam alienantis, non poſſe alienationem reuocare.

42 Quod † ſi quis malit intelligere, d. verſ. ſed ſi omnes, quando fundus alienari prohibitus, extero non legatur, facile admitterem: tunc enim omnes inſtituti, quaſi pro ſuis portioni-

bus

bus vocati ad fideicommiſſum admittuntur, & ita ex inſtitutione dicitur quisque electus Bartol. Bald. Ioannes Imola, nu. 14. & alij, in l. vnum, §. ſi duos, ff. de legatis 2.

43 Vltima † tandem ſpecies noſtri §. cum pater, eſt in verſ. item ſi vnum, quando teſtator ſimpliciter inſtituit filium, fundumque extero non legauit: nam tunc ſolus inſtitutus fideicommiſſum conſequitur ex ſupra proxima ratione, quamuis alij filij ſuperſint exhæredati. Interim enim dum fundus manet in familia, non competit fideicommiſſi petitio omnibus de familia: vt oſtenditur in verſ. verum eſt enim, ſupra, hoc eodem §.

Vnde colligitur, quod exhæredatus non admittitur ad fideicommiſſum familiare: niſi in caſu, quo hæres contrauenit voluntati primi teſtatoris: quia tunc omnis familia in pari gradu vocatur, l. peto, §. fratre, ff. de legatis 2.

Manet igitur in hoc §. cum pater, tantum abeſſe, quod I.c. dicat, ad fideicommiſſum familiare non admitti filios inſtitutos, quando fundus prohibitus, à patre in exterum collatus eſt: quod immò illos ſolos de plano admitti ſupponat, vtpote in familia exiſtentes: ſolumque dubitaſſe de filijs exhæredatis, & emancipatis; quaſi iam non eſſent de familia; illosq; denique recipi decidit, quando omnibus de familia aperitur fideicommiſſi petitio.

SVMMARIVM.

Latè agitur de conciliatione l. falſus, 44. §. ſi iactū, ff. de furtis, & l. 3. in principio, ff. de incend. & §. vlt. Inſt. de rerum diuiſ. cum l. 1. §. Scæuola, ff. ſi is qui teſtam. liber eſſe, à nu. 1. per totum, & præcipuè à nu. 5.

Mobilia excepto homine tamdium à nobis poſſidentur, quando ſi velimus, actualem eorum poſſeſſionem nanciſci poſſimus, d. nu. 1.

Explicatur l. 3. §. Nerua, ff. de acquir. poſſeſſ. contra Bart. ibidem.

Si præcedit diſpoſitio generalis, & ſequitur exceptio reſpectu ſpeciei ſub certo modo conſideratæ: tam ipſa ſpecies ſub alio modo, quam totum genus comprehenſum manet. ibidem.

Explicatur remiſſiuè l. nam quod liquidè, 4. §. vlt. ad fin. ff. de penu legata, ibidem ad finem.

Aſſignatur ratio, cur ſeruus, dum eſt in fuga, à domino poſſidetur. nu. 2.

Per ſeruum fugitiuum poſſidemus. ibidem.

Explicatur l. Peregrè, 43. ff. de acquir. poſſeſſ. numero 3.

Fragilitas memoriæ non obeſt poſſeſſioni rerum mobilium. ibidem.

Qui proijcit merces in mare cauſa imminentis periculi euitandi, non habet animum habendi pro derelicto, numero 4.

Qui proijcit merces in mare leuandæ tantum nauis cauſa, quamuis dominium retineat, poſſeſſionem tamen inuitus amittit. ibidem.

Conciliatur obiter noſtra l. falſus, §. ſi iactum, ibi: quod plerumque credendum eſt; *ff. de furtis, cum §. vlt. Inſt. de rerum diuiſ. & ſimilibus. ibidem.*

Qui res in mare ob euitandum naufragium proiectas, leuandi animo abſtulerit, furti tenetur. numero 5.

Furtum iure naturali prohibetur. nu. 7.

Ad furtum contrahendum termini naturaliter habiles requiruntur. ibidem.

Explicatur l. falſus, §. qui alienum, verſ. quod ſi dominus, ff. de furtis. nu. 8.

Cur hæreditati iacenti furtum non fiat. ibidem.

Res hæreditariæ nullius in bonis ſunt. ibidem.

Etiam ſolius poſſeſſionis, & detentionis furtum fit. num. 9.

Exponitur mens I.c. in noſtro §. Scæuola, num. 10.

Inter I. conſultos magna olim fuit altercatio, an rei hæreditariæ furtum fieri potuiſſet. ibidem.

Explicatur l. gerit. 88. ff. de acquir. hæred. ibi: Poſſeſſio qualisqualis fuit in hæreditate; *&c. num. 11.*

Explicatur l. A Titio. ff. de furtis. nu. 14.

Quod ſeruus hæreditarius purè legatus ſubtrahit ab hærede futuro, conſequitur hæres à legatario agnoſcente legatum. ibidem.

Legatum purum recta via nunquam factum hæredis, tranſit à defuncto in legatarium adita hæreditate. ibidem.

Explicatur, & notatur I.c. Caius. in l. ſi ſeruus Titij. 70. ff. de legatis 1. nu. 15.

Si ſeruus hæreditarius aliàs purè legatus aliquid ſubtrahit ab hæreditate, non competit hæredi actio furti, ſed alia remedia, nu. 16.

Explicatur latè, & eleganter l. ſi homo, ff. de vſucap. à num. 17.

Non poteſt dari furtum in re, quæ à nemine poſſeſſa ſit, vel cuius dominium naturale apud neminem ſit. nu. 18.

In fructuario datur naturalis poſſeſſio, ſeu detentio reſpectu rei, et uera poſſeſſio reſpectu ſui iuris. n. 19

Iura, quæ dicunt, fructuarium non poſſidere, vel naturaliter tantum poſſidere, intelliguntur de re, non verò de iure vſusfructus. ibidem.

Fructuarius dum rem dumtaxat tenet, antequam actualem habeat vſumfructum, non transfert in dominum poſſeſſionem rei. nu. 20.

Explicatur obiter l. quisquis. C. de donat. ibidem.

In d. l. ſi homo, legatarius in ſpecie poſſederat ſeruum. contra omnes oſtenditur. numero 21. & num. 25.

Explicatur d. l. ſi homo, verſ. vlt. nu. 22.

Fructuarius, quando vtitur, fruitur, efficit alium verum dominum, & poſſeſſorem. ibidem.

Expli-

Explicatur l. in actione furti, §. vlt. & l. ſi is qui rem pignori, ff. de furtis, nu. 23.

Creditor pignoratitius habet actionem furti pro re pignorata, quamuis nunquam illam tenuerit. ibidem.

Rei hæreditariæ furtum non fit, quamuis fur ignoret qualitatem nu. 26.

Rei hæreditariæ furtum non fit, quamuis hæres adiuiſſet, ſi poſſeſſionem adhuc non apprehendit. numero 27.

Aditione hæreditatis in hæredem tranſit dominium tantum ciuile. ibidem.

Vt furtum ratione dominij contrahatur, requiritur dominium naturale. ibidem.

Explicatur l. ſi rem, §. vlt. ff. de præſcriptis verbis, & l. ſi vendidero, §. vlt. ff. de furtis. ibi: Dominium. *nu. 28.*

Vt legatarius ratione rei legatæ ſubtractæ, furti agere poſſit, non ſufficit, quod tantum adita ſit hæreditas, ſine apprehenſione rerum. nu. 29.

Rei hæreditariæ furtum fit, quando ab alio interim tenebatur ratione alicuius iuris. nu. 30.

Rei peculiaris hæreditariæ furtum fit. nu. 31.

Poßeßio peculiaris acquiritur hæreditati, & ab ea retinetur. ibidem.

Poſſeſſio peculiaris, vt tranſmittatur in dominum, non requirit vllum factum. ibidem.

CAPVT IX.

Conciliatio ad Vlp. in l. falſus, 44. §. ſi iactum, ff. de furtis. & in l. 3. in princip. ff. de incendio, ruina, naufrag. cum ſe ipſo in l. 1. §. Scæuola, ff. ſi is, qui teſtam. liber eſſe iuſſus; &c.

1 VT inter † præpoſita iura, abſtruſæ difficultatis, & diſſidij robur emergat: præ oculis ſtatuenda eſt elegans illa I. c. Neruæ doctrina, quam refert Iul. Paul. in l. 3. §. Nerua, ff. de acquir. poſſeſs. vbi ita ſcribit: *Nerua filius res mobiles excepto homine, quatenus ſub cuſtodia noſtra ſint: hactenus poſsideri; id eſt, quatenus, ſi velimus, eius naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſimus*; &c. conſpirat Vlp. in l. Pomponius, 13 ff. eodem tit. ex quibus oſtenditur, mobilium poſſeſſionem toties amitti, quoties, ſi velimus, apprehendi non poſſit: quamuis interim dominium retineatur, vt expreſſit d. l. Pomponius, & ita in d. §. Nerua, tradunt Paul. Caſtr. Iaſ. nu. 3. Imola, in princip. & fere reliqui poſteriores interpretes.

Quæ quidem regula d. §. Nerua, nequaquam reſtringenda eſt ad ſe mouentium brutorum poſſeſſionem, vt ibidem volebat Bart. cuius expoſitio iuuabatur ex eodem textu, ibi: *excepto homine*; &c. nam exceptio firmat regulam in contrarium, in eodem tantum genere; vt eleganter innuere videtur I. c. Paul. in l. nam quod liquidæ, 4. §. vlt. ff. de penu legata, ibi: *Sed ſi ita ſcriptum ſit, omnem penum, præter vinum, quod Romæ erit; ſola penus, quæ Romæ eſt, legata videtur*; &c. iunctis ijs, quæ ſecundum communes traditiones refert doctiſſimus Couar. lib. 2. var. reſolut. cap. 5. nu. 4. ad finem, cum ſeq. Atque ita dum I. c. in d. §. Nerua, excipit hominem, videtur ponere regulam in ſe mouentibus brutis, vt innuit etiam ibi: *Nam pecus ſimul ac aberrauerit*; &c.

Verum hæc interpretatio ad d. §. Nerua, eſt falſa, & vt talem ita ſupponunt ibidem reliqui ordinarij interpretes. Nec pro Bart. quidquam euincit ſupraposita conſideratio: nam verius eſt, ſecundum coactam iuris rationem, quod quando præcedit diſpoſitio generalis plures continens ſpecies; & poſtea ſequitur exceptio reſpectu certæ ſpeciei ſub certo modo conceptæ; tam ipſa ſpecies ſub alio modo, quam genus comprehenſum cenſetur, vnde cum I. c. in d. §. Nerua, loquatur de rebus mobilibus, excepto homine; vt verbum (*Mobilia*) comprehendat etiam ſe mouentia, l. mouentium, 93. ff. de verb. ſignific. exceptio hominis ſubiuncta firmat regulam in contrariũ, vt non ſolum comprehendantur omnia mobilia inanimata, ſed etiam animata anima irrationali; & quod hæc fuerit I. c. mens, probatur ex eodem textu, ibi: *Nam pecus*; & ibi: *Aut vas*; vbi exemplificans in animatis brutis, & inanimatis, totum genus comprehendere voluit excepto homine. Nec iam obſtabit d. l. nam quod liquidæ, §. vlt. in relatis verbis, quia, vt ex Oldrado, & Decio latè, & eleganter oſtendit Couar. dicto cap. 5. num. 5. non propter exceptionem certæ ſpeciei, ſed propter adiectionem loci reſtringitur generale legatum, de quo ibidem.

2 Cur autem † excipiatur hominis poſſeſſio, quamuis illam, quando velimus, nanciſci non poſſimus: vt ecce, ſi in fuga eſt: ex eo prouenit, ne ſit in poteſtatate ſerui, dominum ſui poſſeſſione priuare, d. l. Pomponius, verſ. namque, ff. de acquir. poſſeſs. ibi: *Ne ipſe nos priuet poßeßione ſui*; &c. l. interdum, §. ſerui, verſ. vlt. ff. de publicanis. Indeque prouenit, quod & per ſeruum fugitiuum poſſidemus, l.

1. §. per

1. §. per ſeruum, qui in fuga, verſ. poſſeſſionem, & l. per eum, ff. de acquir. poſſeſs.

3 Conſtat † igitur mobilia hactenus poſſideri, quatenus, ſi velimus, eorum naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſimus, & hinc primò colligitur mens Papiniani in l. peregrè, 43. ff. de acquir. poſſeſs. dum caſum proponens de peregrè profecturo, qui pecuniam in terram cuſtodiæ cauſa condiderat, & reuerſus locum theſauri memoria non repetebat: dubitauit, an pecuniam deſijſſet poſſidere? ſciebat namque excellens Papin. res mobiles tamdiu poſſideri, quamdiu, ſi velimus, naturalem earum poſſeſſionem nanciſci poſſimus: & conſequenter in poſito caſu videri pecuniæ poſſeſſionem amiſſam. Verum, quia tunc nullum dabatur naturale impedimentum ex parte cõdentis, nec ex parte rei conditæ, nec medij tandem: ſolumque fragilitas memoriæ obſtabat, quæ damnum poſſeſſioni afferre non debet, reſpondit, poſſeſſionem in his terminis non eſſe amiſſam, ex eleganti conſideratione, quam ſubnectit in verſ. alioquin, ibi: *Alioquin reſponſuros per momenta, ſeruorum, quos non videmus, interire poſſeſsionem*; &c. Papinianus loquitur de pecunia condita cauſa cuſtodiæ, quam quis volens, propter infirmitatem tamen memoriæ non poterat inuenire: non verò de illa, quam quis per ſimplicem obliuionem non indagauerat, ſeu potius quodammodo deſeruerat, de qua obliuione, an, & quanto tempore per ipſam, rerum poſſeſſio amittatur, vide Caſſanæum, in conſued. Burgund. Rubr. 9. §. 22. in princip. à nu. 1.

4 Colligitur † deinde, quod ſi quis leuandæ nauis cauſa, & ad euitandum commune periculum merces in mare proijciat, non animo pro derelicto habendi (vt in dubio præſumitur, iuxta l. 2. §. vlt. in fine, & l. qui leuandæ, 6. ff. ad legem Rhodiam de iactu, §. vlt. Inſt. de rerum diuiſione, nec tunc obſtabit noſtra l. falſus. §. ſi iactum, ff. de furtis, ibi: *Quod plerumque credendum eſt*; &c. quia non aliter Papinianus reſoluit, animo derelinquẽdi præſumi merces proiectas; quã ſi proijciens ſciat perituras, vt ſubiungit ſtatim, ibi: *Cum ſciat periturum*; &c. quaſi innuens, quod tunc ſtamus ſupra poſitæ regulæ contrariæ, quando conſiderabilis eſt euaſio proiectorum, vel quando ſumus in dubio: ſecus, quando certo ſcitur, omninò peritura, ratione loci, & ſimilium circumſtantiarum; & ita ceſſant diuinatiuæ interpretum conciliationes) ſtatim poſſeſſionem amittit; quia hactenus res mobiles à nobis poſſidentur, quatenus naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſumus, vt inquit d. §. Nerua. Imola. in l. ſi homo, nu. 4. ff. de vſucap. interim tamen retinet dominium, vt generaliter docet I.c. in d. l. Pomponius. ff. de acquir. poſſeſs. & in ſpecie in d. l. 2. §. vlt. in fine, & in l. qui leuandæ, ff. ad legem Rhodiam de iactu, d. §. vlt. Inſt. de rerum diuiſ. Hæc autem poſſeſſionis amiſſio non prouenit ex vlla voluntate poſſeſſoris, ſed potius ex qualitate rerum mobilium, quæ potentialem inſiſtentiam ſemper requirunt.

5 His ſic † præhabitis, iam ſuccedit deciſio, & difficultas noſtri §. ſi iactum, vbi ita ſcribit Vlp. *Si verò non hoc animo, ſed eo, vt ſi ſaluum fuerit, haberet: ei, qui inuenit, auferendum eſt; & ſi ſcit hoc, qui inuenit, & animo furandi tenet; furti tenetur*. &c. vbi, qui merces in mare leuandæ nauis cauſa proiectas, nec habitas pro derelicto, lucrifaciendi animo aufert, furti teneri dicitur, conſentit l. 3. & l. ſi quis, 5. ff. de incendio, ruina, naufr. & §. vlt. Inſt. de rerum diuiſ. ibi: *Qua de cauſa ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam in ipſo mari nactus, lucrandi animo abſtulerit, furtum committit*; &c.

Ex quibus iuribus manifeſtè colligitur, cõmitti furtum in re, cuius nulla poſſeſſio penes aliquem eſt: cum ſupra probauerimus, rerum mobilium poſſeſſionem tamdiu retineri, quamdiu ſi velimus, earum actualem poſſeſſionem nanciſci poſſimus: & conſtet, mercium in mare proiectarum euitandi naufragij cauſa, nos non poſſe ad libitum poſſeſſionem actualem nãciſci; & ita in terminis vltra alios tradit Ioannes Imola, in l. ſi homo, num. 4. ff. de vſucap.

6 Verum † neruosè refragatur idem Vlpianus Scæuolam ſecutus, in l. 1. §. Scæuola, ff. ſi is, qui teſtam. liber eſſe, dum inquit: *Scæuola ait, poſſeſsionis furtum fieri. Denique ſi nullus ſit poſſeſſor, furtum negat fieri, idcirco autem hæreditati furtum non fieri, quia poſſeſsionem hæreditas non habet, quæ facti eſt, & animi*; &c. vbi ſolius poſſeſsionis furtum fieri docetur, adeo, vt ſi nullus ſit poſſeſſor, nullum furtum committatur, vt citando d. §. Scæuola, intendit Cuiac. in §. 1. Inſt. de obligat. quæ ex delicto, cuius contrarium docet Vlp. in d. §. ſi iactum.

7 Pro † conciliatione in primis aduertendum eſt, quod cum furtum ſit iure naturali prohibitum, vt probat l. 1. §. vlt. ibi: *Quod lege naturali prohibitum eſt, admittere*; ff. de furtis, §. 1. Inſt. de obligat. quæ ex delict. iunctis ijs, quæ tradit patruus meus Arius Pinellus, in Rubr. C. de reſcind. vendit. 1. parte, cap. 1. nu. 21. innuit l. probrum, 41. ibi: *Puta furtum, adulterium, natura turpe eſt*; &c. ff. de verb. ſignific. & ibidem notat gloſſa, verbo, turpe, & reliqui, excepto Alciato, vbi defendit, furtum iure dumtaxat ciuili prohiberi. Cuius ſententia merito improbatur: quia

ſi iure

ſi iure gentium, quod naturale appellamus (vt alias inquit Cæſar, in §. ſingulorum, Inſt. de rerum diuiſ.) dominia diſtincta ſunt, l. ex hoc iure, ff. de iuſtit. & iure, benè ſequitur, eodem iure prohiberi furta, quibus quis alienas proprietates inuadit. Cum igitur iure naturali, ſiue gentium prohibitum ſit furtum, omnia in eo debent naturaliter conſiderari, ſemota omni ciuili fictione, quam nequaquam agnouit ius naturale, aut gentium.

8 Secundum † quæ, quando Vlp. in noſtra l. falſus, §. qui alienum, verſ. quod ſi dominus, ff. de furtis, dicit, ibi: *Nec enim furtum fit, niſi ſit, cui fiat*; &c. ominò intelligit de perſona vera, & naturaliter conſiderata, cui furtum fiat; non verò de ficta; & inde prouenit, hæreditati iacenti furtum non fieri: quia vera perſona ibidem non reperitur, vt inquit eleganter Iul. Paulus, in l. vlt. ff. de crimine expilatæ hæred. ibi: *Sicut, nec eius, quæ ſine domino eſt*; &c. vbi dicit, rem hæreditariam eſſe ſine domino, & ideo ipſius furtum non fieri: nam mortuo domino, res hæreditariæ attenta veritate, nullius in bonis ſunt, vt agnoſcit I.c. in l. 1. ibi: *Nam res hæreditariæ, antequam aliquis hæres exiſtat, nullius in bonis ſunt*; &c. ff. de rerum diuiſ. & perſona, quæ à iure inducitur, ficta eſt, vt inquit l. hæreditas in multis, ff. de acquir. rerum domin. ne videlicet bona vacarent, & primo occupanti concederentur.

9 Aduertendum † deinde eſt, quod etiam ſolius poſſeſsionis, aut detentionis (ſi ius aliud tenenti non ſupereſt) furtum committi poteſt, vt inquit l. 1. §. vlt. ff. de furtis, & d. §. 1. Inſt. de obligat. quæ ex delicto, vbi gloſſa, Minsyng. & reliqui omnes, l. ſi rem, §. vlt. ff. de præſcript. verbis, l. ſi vendidero, §. vlt. ff. de furtis; ſi videlicet, quis rem auferat ab eo, qui rei alienæ dumtaxat poſſeſsionem habebat, v.g. à bonæ fidei poſſeſſore, vel etiam ſi tantum res teneatur, vt apud commodatarium, depoſitarium, creditorem hypothecarium, & ſimiles.

10 Quibus † præiactis, iam colligitur mens Scæuolæ, & Vlpiani, qui illum refert in noſtro §. Scæuola; certum namque erat, & conſtitutiſsimum, furtum tantum fieri poſſe, ſi detur perſona, quæ ius verum, & naturale obtineat; quod cum in hæreditate non poſſit conſiderari, quia nec veram perſonam conſtituit, nec naturale habet ius dominij in rebus, (vt probauimus) manifeſtè ſequebatur, hæreditati ratione perſonæ, & dominij, furtum fieri non poſſe, vt concludit d. l. vlt. ad finem, ff. de crimine expil. hæredit.

Quia tamen ratione ſolius poſſeſsionis, poterat furtum committi, vt ſupra oſtendimus; quærit amplius I.c. in d. §. Scæuola, an in rebus hæreditarijs furtum committi poſsit ratione poſſeſsionis? mouebat dubitandi rationem I. c. Paulus, in l. gerit, 88. ff. de acquir. hæred. ibi: *Cuius poſſeſsio, qualiſqualis fuit in hæreditate*; &c. Scæuola tamen, & Vlpian. reſponderunt, nec etiam ratione poſſeſsionis, furtum hæreditati fieri poſſe. Vnde illa verba: *Scæuola ait, poſſeſsionis furtum fieri; denique ſi nullus ſit poſſeſſor, furtum negat fieri*; &c. non ſunt abſoluta, ſed ſuppoſitiua, id eſt, ſi ſupponatur, apud aliquem non reperiri naturale dominium, vel ius rei ſubtractæ, furtum aliter conſiderari non poteſt, niſi reſpectu poſſeſsionis, detentioniſue, cuius furtum etiam fieri poſſe ait Scæuola. Quæ quidem poſſeſsio, ſiue detentio, cum non poſsit reperiri in hæreditate iacente, ob rationem, quam ſubiungit, merito concludit (à partibus enumeratis, vt in ſimili argumentatur Papin. in l. ſi rem, §. vlt. ff. de præſcript. verb. & in l. ſi vendidero, §. vlt. ff. de furtis) hæreditati nullatenus furtum fieri poſſe. Et quod mens Scæuolæ, & Vlpiani in d. §. Scæuola, ſolum reſpiciat hæreditatem iacentem, ex eo inſuper colligitur, quia toti ſunt in oſtendendo poſſeſsionem non eſſe in hæreditate, & clarius ex eo, quod olim inter iuris prudentes eſſet nimis controuerſum, an hæreditariæ rei furtum fieri poſſet: inter quos coriphæus erat Scæuola, cui (huius contentionis mentionem faciens) aſſentitur M. Tullius, lib. 7. epiſtol. 22. incipit: Illuſeras, &c. Vt igitur Scæuola comprobaret, hæreditati furtum fieri non poſſe, vſus eſt argumentis, de quibus in d. §. Scæuola.

11 Iul. autem Paulus, † dum in d. l. gerit, 88. ff. de acquir. hæred. dixit, in hæreditate dari qualemqualem poſſeſsionem: non intendit, dari aliquam in hæreditate veram poſſeſsionem, prout facti eſt, & animi: ſed qualemqualem; quod verbum, dumtaxat denotat ius illud retinendi, quod ficta perſona habet in rebus hæreditarijs, ad effectum ne vacent, & primo occupanti concedantur; & ita, qui eodem retinendi iure vtitur, pro hærede gerere videtur, vt eſt intentio I. c.

12 Verum adhuc † prædictæ interpretationi d. §. Scæuolæ, obſtat in primis I. c. Marcianus, in l. A Titio. ff. de furtis. vbi ita ſcribit: *A Titio hærede homo Seio legatus, ante aditam hæreditatem Titio furtum fecit: ſi adita hæreditate Seius legatum ad ſe pertinere noluerit: furti ſerui eius nomine aget cum eo Titius; quia nec tunc, cum faceret furtum, eius fuerit*; &c. Vbi videtur innuere iacenti hæreditati furtum fieri poſſe: & quod magis eſt, per ſeruum ipſius hæreditatis, contra text. in l. 1. §. ſi ſeruus pure, ff. ſi is qui teſt. liber eſſe, vbi ſeruus purè

legatus,

Digitized by Google

legatis, ſi iacenti hæreditati aliquid ſubripiat, non furti actione, ſed potius in factum ex æquitate edicti, ſi is qui teſtam. liber. &c. hæredi ſuccurritur.

13 Obſtat † deinde, quia ſi vera eſſet ſuprapoſita d. §. Scæuola, interpretatio, ſequeretur, quod ſi res hæreditaria ſubtracta, alias legata fuerit, non competet legatario furti actio, quamuis poſtea adita fuerit hæreditas, & legatum agnouerit, cum reſpectu hæredis, & legatarij par ratio conſideretur, vt manifeſtiſſimè ex dictis colligitur. At tunc temporis legatario competit actio furti, vt probat Iulianus, in l. ſi homo, ff. de vſucapionibus. dum inquit: *Si homo, cuius vſusfructus legatus erat, ab hærede nunquam poſſeſſus, ſubreptus fuiſſet: quæſitum eſt, quia hæres furti actionem non haberet: an vſucapi poſſit? Sabinus reſpondit, nullam eius rei vſucapionem eſſe, cuius nomine furti agi poſsit, agere autem furti eum, qui frui deberet poſſeſsione, quod ſic accipiendum eſt, vt fructuarius poſsit vti, frui; aliter enim homo in eam cauſam non perduceretur*; &c. vbi manifeſtè oſtenditur, ſeruum fuiſſe ſubreptum, antequam hæres rerum hæreditariarum poſſeſsionem nanciſceretur: & nec hæreditati, nec hæredi furtum fieri dicit, & tamen tunc legatario furti actionem concedit, ergo, &c.

14 His † tamen non obſtantibus, rectè procedit interpretatio noſtri §. Scæuola, nec eam oppugnat in primis d. l. à Titio, ff. de furtis: nam text. ille non dicit, ſeruum hæreditariũ, qui purè legatus erat, aliquid ſubripuiſſe eiuſdem hæreditatis, ſed potius ſubtranxiſſe ab hærede futuro: cui ſtatim furti quæſita actio eſt; quæ ei adhuc poſtea durat adita hæreditate, ſi legatarius agnoſcat legatum ſerui: cũ recta via nunquam factus hæredi ſeruus, ad legatarium traducatur, vt ſubijcit I. c. circa quod tantum dubitandi ratio ponebatur; quã deciſionem iuuat regula l. legatum ita 80. ff. de legatis 2. & l. ſed ſi damnum, §. ſed & creditor, verſ. idemque & ſi purè, ff. de peculio. Et hanc veram expoſitionem d.l. à Titio, mirabiliter patefacit I. c. Iulianus, in l. ſi ſeruus legatus, ff. de noxalibus act. vbi ita magiſtraliter ſcribit: *Si ſeruus legatus ante aditam hæreditatem rem hæredis futuri ſubtraxerit poterit is, cum legatario, qui legatum agnouerit, furti agere. Sed ſi idem ſeruus hæreditariam rem ſubtraxerit, furti actio ceſſabit: quia huiuſmodi rerum furtum non fit*; &c.

15 Vnde † obiter colligitur ampliatio ad I. c. Caium, in l. ſi ſeruus Titij, nu. 70. ff. de legatis 1. vbi, ſeruo in vita domini ſubripiente aliquid hæredi futuro, ſi idem ſeruus purè legetur, & legatarius agnouerit legatum, teneri præſtare hæredem indemnem furti nomine: vt non ſolum procedat, quando ſeruus legatus rem futuri hæredis in vita defuncti ſubripuit, ſed etiã poſt mortem iacente hæreditate, iuxta d. l. ſi ſeruus legatus, & d.l. à Titio. Mirandum autem eſt, cur I.c. in d.l. ſi ſeruus Titij, ſenſim, ac formidoloſè procedat, innuens hęredi tantum competere ius retinendi ſeruum furti nomine: argumento vtens ſeruitutis hæredi antea debitæ, & ſimilium, quæ quidem de rigore iuris in perſona hæredis confundebatur, l. Papinianus, ff. de ſeruitutibus. Quod quidem argumentum pace I. conſultiſsimi Caij, non aptè concludit: nam ſupponit, in aditione hæreditatis, confundi, & extingui de iure actionem furti, quæ antea hæredi competierat; quod merito denegat Marcianus, in d. l. à Titio, & Iulianus, in d. l. ſi ſeruus legatus, & regula d.l. legatum ita, & d. l. ſed ſi damnum, §. ſed & creditor, verſ. idemque & ſi purè, ſecundum quæ, non retentione tantum, ſed actione iuuandus eſt hæres. Excuſaretur quidem argumentum Caij, in ſeruo ſub conditione legato, qui interim hæredis ſit.

16 Conſtat † igitur, quod ſi ſeruus hæreditarius, qui alicui purè legatus eſt, rem hæreditariam ſubtraxerit, non tenetur legatarius hæredi actione furti, ſerui nomine: ſed immò actione in factum, iuxta l. 1. §. ſi ſeruus purè, ff. ſi is qui teſtam. liber. vel ad exhibendum, vt inquit d.l. ſi ſeruus legatus. ff. de noxalibus, l. 2. verſ. vlt. ff. de crimine expil. hæredit.

17 Non † obſtat tandem d. l. ſi homo, ff. de vſucap. cuius reſolutio inuoluta eſt mille interpretum figmentis: nam gloſſa, ibidem, verbo, poſsit vti, & verbo, poterit. Bart. Imola, nu. 4. Cuiac. ad finem, & reliqui ordinarij interpretes, ſecurè aſſerunt, legatarium, cui ſerui, poſtea ſubrepti, vſusfructus fuerat legatus, furti agere poſſe, quamuis à nemine fuerit interim ſeruus ille poſſeſſus; in quo aſſerit Imola, nu. 5. contra iuris communis regulas diſpenſari.

Quam explicationem confirmat Cuiac. ex textu, in l. in actione furti, §. vlt. & in l. ſi is qui rem pignori, ff. de furtis, vbi reſpectu creditoris, qui nullam vnquam habuit in pignore poſſeſsionem, furtum committitur. ergo, &c.

Deinde confirmatur ex eo, quia ſi text. ſupponeret, legatarium poſſeſsionem nactum fuiſſe, eo ipſo quoque hæres poſsideret, & conſequenter ipſe quoque agere furti poſſet, vt inquit d.l. ſi homo, verſ. vlt. & ſuadet ratio l. quis quis, C. de donationibus, vbi qui rem tenet nomine vſusfructus, alterius nomine poſsidet ipſam, quaſi alteri tradidiſſet. ergo, &c.

18 Verum contrarium † intrepidè tenendum eſt, immò non poſſe conſiderari furtum rei, cuius apud neminem extiterit poſſeſsio, vel domi-

dominium naturale, quod à poſſeſſione incipit, aut roboratur, vt inquit I.c. Paul. in l. contra nurum, §. vlt. in fine, ff. de act. rerum a mot. ex Papin. in l. ſi rem, §. vlt. ff. de præſcriptis verbis, & in l. ſi vendidero, §. vlt. ff. de furtis. Vel ius aliquod, aut vſus, vt notauit gloſ. verbo, agetur furti, in d. l. ſi rem, §. vlt. & verbo, neque poſſeſſio, in d. l. ſi vendidero, §. vlt. cuius ſententia comprobatur ex l. 1. §. vlt. & in l. ſi is qui rem pignori, ff. de furtis, & §. 1. Inſt. de obligat. quæ ex delict. & vtrobique notant Doctores.

19 Nec iam † obſtat d. l. ſi homo, pro cuius vera interpretatione aduerte primò, quod in fructuario datur detentio tantum, & vt dicitur, naturalis poſſeſſio reſpectu rei, vt eſt receptiſſima opinio per text. in l. naturaliter, ff. de acquir. poſſeſs. vbi Iaſ. num. 5. communis ex Tiraquello tract. le mort. 3. parte, declar. 1. nu. 4. Couarru. in regula poſſeſſor, 2. parte, in princip. nu. 2. agnoſcit Aluarus Vallaſcus, de iure emphyt. quæſt. 18. nu. 3. Reſpectu verò iuris vtendi, fruendi, & ciuilem, & naturalem poſſeſſionem habet, ex gloſs. verbo, quaſi, in l. ait Prætor, §. item ei, ff. ex quibus cauſis maiores. Bart. in d. l. naturaliter, in principio, vbi Paul. ad finem, Alex. à nu. 5. Iaſ. col. penult. & in l. 3. §. ex contrario, num. 30. & nu. 45. vbi etiam Alex. nu. 51. ff. de acquir. poſſeſs. Balb. de præſcript. 4. parte principali, quæſt. 9. nu. 1. Couarru. vbi ſupra, num. 4. plures refert Vallaſcus, d. n. 3. quorum opinio veriſſima eſt, vt alibi duce Deo latius comprobabimus, quidquid ab ea recedat Franciſc. Connan. lib. 3. Comment. iuris ciuilis, cap. 10. Vallaſc. vbi ſupra, nu. 6. vbi plures ſimiliter tenentes refert, quorum fundamenta (vt id obiter perſtringamus) facilè diluuntur, ſi ad iura, quæ denegant fructuarium poſſidere, vel dicunt, naturaliter tantum poſſidere, intelligantur de re, in qua ineſt vſusfructus, non verò de iure vtendi, fruendi, quod fructuarius ſibi tantum, & non alij quaſi poſſidet: in quo conſiſtit formalitas veræ poſſeſſionis, & ideo licet rem teneat vt alienam, non tamen fruitur iure ſuo, vt alieno, ſed vt proprio, & adeo proprio, vt domino rei nequaquam poſſit competere, princip. Inſtit. de vſufructu, ibi: *Rebus alienis*; &c.

20 Aduerte † deinde, quod interim dum fructuarius rem tenet, & naturaliter poſſidet, antequam incipiat vti, frui, in dominum non transfert poſſeſſionem ciuilem, vt notabiliter tenuit gloſſa, verbo, poterit, in d. l. ſi homo, vbi vltra alios ſequitur Imola, nu. vlt. ad finē. Ratio autem eſt: quia poſſeſſio, quam fructuarius tradere creditur in alium ratione vſusfructus, eſt implicita iuri, quod in eiuſdem fructuarij perſona incompatibile eſt, ex d. princip. Inſt. de vſufr. ibi: *Rebus alienis*; &c. & ita nō aliàs cenſebitur tranſmiſſa, niſi quando actualiter aderit vſusfructus, qui omne ius dominij in eadem perſona excludit: tunc enim incipit fructuarius rem tenere, vt alienam; & ita nomine alterius, ſecundum quæ obiter explicabitur Imp. in l. quisquis, 28. & in l. ſi quis argentum, 35. §. ſed ſi quidem, C. de donationibus, ibi: *Vſumfructum eius retinuerit*; &c. vt videlicet intelligatur, quando vſusfructus actualiter retinetur: tunc enim incipit legalis tranſmiſſio poſſeſſionis.

21 Quibus ſic † breuiter notatis, patet verus intellectus ad d. l. ſi homo: nam in ea legatarius, cui relictus erat vſusfructus ſerui, propterea furti actionem habet pro ſeruo ſubrepto; quia ipſius naturalem poſſeſſionem, ſiue detentionē acquiſiuerat, nondum tamen ea vti, frui cęperat, vt innuit I.c. ibi: *Ab hærede nunquam poſſeßus*; &c. vbi proponens ſeruum non poſſeſſum, fuiſſe ſubreptum, ſtatim ſe reſtrinxit ad poſſeſsionem hæredis, tacitè ſentiens, poſſeſſum eſſe à legatario. Deinde id eleganter probat, ibi: *Agere autem furti eum, qui frui deberet poſſeßione*; &c. Quæ ratio ſi de poſſeſſione non adepta loqueretur, æqualiter etiam conueniret hæredi, cui tamen negat furti actionem, vnde proxima verba ſupponunt poſſeſsionem præextitiſſe, qua antequam fruatur legatarius, ſubreptus fuit ſeruus. Quod clarius ſuadent ſequentia verba, ibi: *Quod ſic accipiendum eſt, vt fructuarius poſſit vti, frui, aliter enim homo in eam cauſam non perduceretur*; &c. Ex quibus oſtenditur, legatarium debere eſſe in cauſa proxima vtendi, fruendi, vt actio furti eidem competat: cauſa autem proxima vtēdi, fruendi, ſupponit neceſſariò iam adeptam naturalem poſſeſsionem, ſeu detentionem, quam in re habet fructuarius; alioquin, ſi rem adhuc non teneret, non diceretur, eum poſſe vti, frui. Atque ita decidit I. c. quod legatarius in terminis illius text. furti agere poteſt, ſi rem tenuit, licet frui non cępiſſet, iam enim conſtat dari materiam aptam ad furtum contrahendum, iuxta l. 1. §. vlt. ff. de furtis, §. 1. Inſt. de obligat. quæ ex delict. & conſequenter ſeruum ſubreptum, de quo ibi, eſſe inuſucapibilem propter vitium furtiuitatis quod contraxit reſpectu legatarij, quamuis reſpectu hæredis nullum contraxiſſet, vt ibidem notat Bart. nu. 1. & reliqui omnes.

22 Nec huic † verißimæ interpretationi d. l. ſi homo. obſtat verſ. vlt. in eadem l. vbi inquit Iulianus. *Sed ſi vtenti iam, & fruenti abductus homo fuerit: non ſolum ipſe, ſed etiam hæres furti agere poterit*; vbi virtute aduerſatiuæ probari videtur, ſe in præcedenti ſpecie loqui in termi-

terminis, in quibus fructuarius vti, frui, nõ ceperat, & ita nõ poſſederat: nã agnoſcendũ eſt in præcedẽti ſpecie loqui de legatario, qui nõ dũ vti, frui inceperat; & hoc tñ euincit dicta aduerſatiua: rem tamen iam tenuerat legatarius, & naturaliter poſſederat, licet per breuiſſimum tempus. Vnde, in terminis, in quibus legatarius fructuarius rem dumtaxat adeptus eſt, frui tamen non cœpit furti ſolus aget: non verò hæres, quia antequam dictus legatarius vti frui incipiat, hæres non efficitur poſſeſſor: At quando legatario iam vtenti, fruenti, ſeruus ſubtrahitur, cum iam ratione vſus fructus actualiter conſtituti, in hæredem tranſeat dominiũ naturale, quod poſſeſſionẽ inuoluit, propter incompatibilitatẽ, de qua ſupra egimus, iuxta d. l. quiſquis, & d. l. ſi quis argentũ §. ſed ſi quidẽ, C. de donationibus, non ſolũ ipſi legatario, ſed & hæredi actio furti competit: quia iam reſpectu vtriuſque ſunt termini habiles ad furtum contrahendum, & ita in hac ſecunda ſpecie poſſeſſor efficitur hæres ex perſona legatarij, qui reſpectu proprietatis illi poſſidet quidquid tunc videatur generaliter contradicere gloſſa, verbo, poterit, in d. l. ſi homo, quam ſequitur Imola, nu. vlt. Suprapoſità igitur aduerſatiua, non ſupponit in præcedenti ſpecie deficere naturalem poſſeſſionem rei, ſed tantum deficere quaſi poſſeſſionẽ vſusfructus, quæ diſtincta eſt in perſona fructuarij, vt ex ſentẽtia cõi ſupra reſoluimus.

23 Non obſtat † deinde d. l. in actione, §. vlt. & d. l. ſi is qui rem pignori, ff. de furtis, quia non dicunt, dari furtum in re, quæ à nemine poſſidetur ſed dari furtum in re ab alio poſſeſſa, in qua quis habet ius aliquod uerum, ſaltem pignoratitium: nam tunc ratione iſtius iuris, furtum committitur, & competit actio furti, vt aduertit gloſſa, verbo, agetur furti, in fine, in l. ſi rem, §. vlt. ff. de præſcriptis verbis, & verbo, neque poſſeſſio, in l. ſi uendidero, §. vlt. ff. de furtis immò ſufficit, quod res fuerit poſſeſſa tempore, quo pignus conſtitutum eſt, quamuis tempore, quo ſubtrahitur, à nemine poſſideatur, argumento noſtri §. ſi iactum, & §. vlt. Inſt. de rerum diuiſ. cum ſimilibus ſupra citatis: nam ſi res illa, quæ leuandæ nauis cauſa in mare proijcitur, ſit pignori obligata, & ab aliquo lucrandi animo fuerit ablata, etiam creditori pignoratitio actio furti competit ratione ſui iuris: quia ſicut tunc domino ſufficit dominium naturale, vt eidem competat furti actio, vt probant proximè relata iura, & Imola, numero quarto in dicta lege ſi homo, ff. de vſucap. ita etiam ſufficiet creditori, ſuum pignoratitium ius.

24 Non obſtat † tandem, quod ſi legatarius poſſideret rem, cuius eidem vſusfructus legatus fuerat, etiam hæres eo ipſo poſſidere cenſeretur, quaſi nomine hæredis domini poſſideret: quia ex præmiſſis reſpondetur, talem translationem poſſeſſionis reſpectu proprietatis, quam conſtitutio vſusfructus operatur, non habere locum in ſimplici naturali poſſeſſione & detentione rei, quam fructuarius nanciſcitur: ſed quando incipit vti frui & quaſi poſſidere ius ſuum, ex ratione dictæ legis quiſquis, C. de donationibus, vt ſupra oſtendimus.

25 Ex quibus † colligitur legatario non aliàs rei legatæ ſubreptæ competere actionem furti, niſi vel ipſe iam, vel hæres rei hæreditariæ poſſeſſionem fuiſſet adeptus vt inquit lex contra nurum, §. vltimo, in fine, ff. de actione rerum amotar. alioquin rem non eſſe furtiuam, nec in talem cauſam perduci ad effectum, ne vſucapiatur, vt ſentit dicta lex ſi homo, verſiculo quod ſic; & omnes ibidem intelligunt, excepto caſu vſusfructus legati, in quo putant etiam ante apprehenſionem poſſeſſionis habere furti actionem, quod falſum eſſe oſtendimus, vt ceſſent diſpenſationes contra iuris communis regulas.

26 Ampliatur † ſuprapoſita explicatio noſtri §. Scæuola, vt videlicet rei hæreditariæ furtum non fiat, quamuis fur rem eſſe hæreditariam ignoraret; quod aliàs putabat Iuris conſultus Neratius, quaſi exiſtimatio ſubripientis, iuncto dominio ficto hæreditatis iacentis, furtum formaret. Quem merito damnat Iuris conſultus Paulus, in lege vltima, ff. de crimine expil. exhæred. ex eo, quod uerum, & naturale dominium deeſset, quod omninò ad formalitatem furti requiritur; & ita intelliguntur verba ibi: *Sicut nec eius, quæ ſine domino eſt*; &c.

27 Ampliatur † tandem, quamuis hæres hæreditatem adiuiſſet, nondum tamen rerum poſſeſſionem adeptus eſſet, vt eleganter comprobat Vlpianus in lege 2. verſiculo apparet, ff. de crimine expil. hæred. ibi: *Vel poſt aditam; antequam res ab hærede poſseſsæ ſint: nam hoc caſu furti actionem non competere palam eſt*; &c. & innuit noſter §. Scæuola, ibi: *Sed nec hæredis eſt poſſeſſio, antequam poſſideat*, &c. probat etiam l. contra nurum, §. vltimo, ff. de actione rerum amotarum.

Sed obſtat, quod cum hæredes facti ſumus ipſa aditione, ſtatim dominium ad nos tranſit ſine facto aliquo, l. cum hæredes, ff. de acquir. poſſeſſ. & ſuperius probauimus, dominium ſine poſseſſione ſufficere ad furti actionem competendam, ergo, &c.

Ceterum reſpondetur, verum quidem eſſe, ipſa aditione dominium in hæredem tranſire. hoc tamen dominiũ eſse legitimum, & mere

ciuile, id eſt, operante ſola lege traductum: nõ verò naturale, quod mediante poſſeſſione acquiritur, vt eleganter in terminis comprobat Barboſa Luſitanus, in Rubr. ff. ſoluto matrim. 4. parte, nu. 19. poſt med. cum ſeq. At vt furtum committatur contra aliquem ratione dominij, opus eſt, vt dominium ſit naturale, hoc eſt, poſſeſſione aliquando firmatũ: cum omnia in furto naturaliter conſiderentur, vt ſupra probauimus; & ita in effectu vltra alios tenet Imola, in l. ſi homo, nu. 4. ff. de vſucap.

28 Et † exinde apertè colligitur, vt ratione dominij contra aliquem competat furti actio, debere eſſe dominium naturale, non ſimpliciter legitimum, ac ciuile, quod ſemper fuit denudatum naturali poſſeſſione. Secundũ quæ explicandus venit Papin. in l. ſi rem, §. vlt. ff. de præſcriptis verbis, ibi: *Cuius neque poſſeſſionem, neque dominium victor habuit, agetur furti*; &c. & in l. ſi vendidero, §. vlt. ibi: *Cum Titij numorum dominium non fuerit, neque poſſeſſio*; &c. ff. de furtis, vt nempè intelligatur de dominio naturali: alioquin, quamuis daretur dominium ſimpliciter ciuile, furti actio ceſſaret, ex proximè dictis.

29 Hinc † etiam prouenit comprobatio ad id, quod ſupra tetigimus, quod videlicet legatarius furti actionem non habebit pro re ſibi legata, & ſubtracta, etiam poſt aditam hæreditatem, niſi poſſeſſionem nactus fuiſſet: quia interim ſolum habet legitimum dominium, ex diſpoſitione iuris, in l. legatum ita, 80. ff. de legatis 2. cum pluribus ſupra adductis.

30 Præpoſitum † autem I.conſultorum placitum, ne rei hæreditariæ furtum fiat, limitatur Primò, quando res iam a vita defuncti, & ita iacente hæreditate ab aliquo naturaliter teneretur, vel iure pignoris, vel commodati, vel vſusfructus: quia in his terminis iam datur vera perſona, cui furtum fit: & tunc etiam hæreditati actionem furti acquiri interuentu prædictorum naturaliter poſſidentium, explicant I.c. Marcellus, & Scæuola in l. hæreditariæ, 70. verſ. vlt. cum ll. ſequentibus, ff. de furtis.

31 Limitatur † denique in re hæreditaria peculiari, ex peculio ſcilicet ſerui hæreditarij: nam in hoc caſu hæreditati furtum fit, quia poſſeſſio iſtius rei, quæ per ſeruum acquiritur, nihil facti in domino requirit. & hæreditati iacenti quæritur, & ab ea retinetur, vt probat I.c. Iulianus, in l. qui à ſeruo, verſ. vlt. ff. de de oblig. & act. facit l. penul. ff. de captiuis, & poſtlimin. reuerſ. ergo eiuſdem rei peculiaris furtum fiet.

Nec obſtabit, quod in hoc caſu non debebat prodeſſe ciuiliſſima iſta poſſeſſio, ſicut nec dominium ciuile prodeſſe ſupra oſtendimus; quia reſpondetur, quod licet iſta poſſeſſio ſit ciuilis, non tamen caret facto, & inſiſtentia naturali, quæ per ſeruum exercetur, & ita quoad tranſmiſſionem tantum ciuilis eſt; quoad acquiſitionem verò, & retentionem, factum inuoluit, quod per ſeruum exercetur, vt alibi aptiori loco latiſſimè probabimus; ſicut etiam ciuilis poſſeſſio, quæ per fructuarium in dominum traducitur, ex l. quiſquis, C. de donationibus: quia vera eſt mediante perſona fructuarij, parit actionem furti, l. ſi homo, verſ. vlt. ff. de vſucapionibus, vt ſupra oſtendimus.

SVMMARIVM.

Vtrum facultas teſtandi fuerit introducta de iure gentium, aut ciuili? latiſſimè diſcutitur, à num. 1. per totum.

Referuntur Doctores, qui teſtandi facultatem iuri ciuili tribuunt. ibidem.

Quæ de iure gentium dicuntur, attento eodem iure valida ſunt. nu. 4.

Perinde eſt aliquid fieri tempore inhabili, vel in tempus inhabile conferri, numero 6. & numero 41.

Ius gentium non agnouit fictiones. ibidem.

Superlatiuo nihil eſt ſuperius. num. 7. quod declara. num. 43.

Referuntur Doctores, qui facultatem teſtandi iuri gentium tribuunt, quorum verior ſententia eſt, latè probatur. a nu. 11.

Iam non eſt dubium, quod teſtandi facultas ſit de iure gentium; quæſtio tamen noſtra proponitur attento eo iure gentium, quod præceſſerat ius ſcriptum prout à lege 12. tabul. deſcendit, numero 12.

Ius gentium, ac ciuile non diſtinguitur ex tempore. ibidem.

Adhuc hodie multa denuo fieri poſſunt de iure gentium. ibidem.

Quod ante ius ciuile, vna vel altera gens feciſſe probatur, non oſtendit directò id eſſe iuris gentium. num. 13.

Deportati repelluntur à legitima inteſtati ſucceſſione. ibidem. & nu. 36.

Vt aliquid ſit de iure gentium, non requiritur, quod ab omnibus omninò gentibus ſit receptum, & obſeruatum, nu. 15.

Cur germani olim non teſtarentur. ibidem.

Miles poteſt inſtituere deportatum. num. 16.

Explicatur l. idem eſt, §. & deportati, ff. de milit. teſtam. ibidem. cum nu. ſeqq.

Vltima voluntas militaris varios effectus operatur cõtra iuris ciuilis ſeueritatem, ob generalem dumtaxat

dumtaxat remiſsionem ſolennium ciuilium, quæ militibus fuit conceſſa. nu. 17.

Qui teſtatur de iure gentium, poteſt pro parte bonorum, ſeu temporis teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere. ibidem.

A teſtamento militari deducitur argumentum directum ad id, quod de iure gentium fit. ibidem.

Deportatus eſt capax eorum, quæ ſunt iuris gentium. nu. 20. & 25. & 31.

Origo, & cauſa iuris gentium traditur in §. ius autem gentium, Inſt. de iure natur. num. 21.

Explicatur l. verbis legis, ff. de verb. ſignific. numero 23.

Explicatur l. lege obuenire, ff. de verborum ſignif. ibi : Teſtamentariæ hæreditates confirmantur. *nu. 24.*

Deportatio non ſoluit matrimonium. nu 26.

Refertur, & reprobatur quædam Vigliÿ opinio. numero 27.

Actio eſt de iure ciuili. ibidem.

Deportatus poteſt deducere actionem in iudicium pro obſeruantia contractus iuris gentium. ibidem. & nu. 32.

Refertur, & reprobatur quædam opinio Tobiæ. numero 28.

Deportatus poteſt teſtari de iure gentium. ibidem.

Actus iuris gentium non mutant naturam nec originem, ex eo, quod poſtea variÿs ſolennibus à iure ciuili veſtiantur, nu. 29.

Solennitates, quibus veſtiuntur actus iuris gentium, ſunt in duplici differentia, pro quarum qualitate ab omnibus vel poſſunt exerceri. numero 30.

Ius gentium tamdiu ſtat, quamdiu viget ratio naturalis. ibidem ad finem.

Deportatus poteſt exercere ſolennitatem, de qua in l. contractus. C. de fide inſtrum. contra Vigl. num. 31.

Explicatur l. ſi mandauero, §. is cuius, ff. mandati. nu. 33.

Cur deportatus teſtari nequeat ſeruatis ſolennibus ciuilibus nu. 34.

Cur deportatus non poſſit hæres inſtitui, nec eidem legari, pro explicatione l. 1. C. de hæred. inſtit. & l. ſi deportati, §. 1. ff. de legatis. 3.? numero 35.

Explicatur l. 2. C. de bonis proſcriptorum. nu. 36.

Cur peregrini apud Romanos nec teſtari, nec inſtitui poterant? nu. 37. quod & in Gallia obſeruatur. ibidem.

Cur deportatus apud ſuos non poteſt teſtari de iure gentium? nu. 38.

Deportatus non poteſt matrimonium contrahere de iure ciuili, nu. 39.

Matrimonium eſt de iure gentium. ibidem.

Vbi qualitas teſtantium non attenditur, deportatus poteſt teſtari. nu. 40.

Teſtamentum etiam in vita teſtatoris conſideratur quoad varios effectus. nu. 41.

Actus, nec etiam quoad executionem, poteſt conferri ad tempus inhabile. Quod tamen declaratur. ibidem.

Explicatur §. ſed prædicta, Inſt. de teſtament. numero 42.

Explicatur Auth. de nuptÿs. §. diſponat, collat. 4. vbi lex 12. tabul. dicitur antiquiſſima. numero 43.

Explicatur l. 3. ff. de teſtam. nu 44.

Explicatur l. 1. ibi : Iure publico. *ff. ad legem Falcid. ibidem ad finem.*

Explicatur §. vlt. in fine, Inſt. de vſu, & habit. numero 45.

Cur ſtipulatio dicatur inuentio iuris ciuilis? numero 46.

Et quid requiratur, vt actus ſimpliciter dicatur iuris ciuilis. ibidem.

Hæres ab inteſtato etiam de iure gentium fieri poteſt. num. 47.

Explicatur cap. vlt. 1. diſtinct. nu. 48.

An teſtamenti factio competat de rigore, vel de æquitate. nu. 49.

Pupillus doli capax de iure gentium teſtari poteſt: & teſtabitur, vbi ius ciuile non obligat. numero 50.

De iure ciuili nec ſapientiſſimus pupillus teſtari poteſt. ibidem.

Miles pupillus doli capax teſtari poteſt. nu. 51. quod etiam hodie procedere contra omnes defenditur à nu. 54.

Pupillus miles eſſe poteſt. d. nu. 52.

Explicatur §. præterea, Inſt. de teſtamentis. numero 53.

Nouè explicatur l. vlt. C. de teſtam. milit. num. 54. cum ſeq.

Effici lege, vel ſtatuto non poteſt, vt pupillus proximus infantiæ, vel doli non capax teſtetur. ibidem.

Doli capacitas, quæ de iure gentium requiritur ad teſtandum, non circumſcribitur certa ætate, ſed probari debet. nu. 55.

Ampliatur noua interpretatio d. l. vlt. nu. 56.

Explicatur Ord. Luſitana. lib. 4. tit. 83. §. 3. numero 57.

Quomodo poſſit valere ſtatutum, vt maior 12. annis teſtari, & codicillari poſſit. nu. 58.

Princeps poteſt diſpenſare cum pupillo doli capace, vt teſtetur. nu. 59.

Vtrum poſſit lege, vel ſtatuto caueri, vt nemo teſtetur? nu. 60. cum ſeq. vbi negatiuè ſatisfit; quamuis factio teſtamenti de iure ciuili competeret. num. 61.

Obiter explicatur l. omnium, ff. de legibus. ibidem.

Explicatur notabiliter regula l. nihil tam naturale, ff. de regulis iuris. nu. 62.

CAPVT X.

Quo nam iure fuerit introducta teſtandi poteſtas, gentium ne, an ciuili?

1 Quæſtio iſta † vbique occurrens, non ſat diſcuſſa, nec mutilis eſt, vt agnouit Iul. Clarus, in §. teſtamentum, quæſt. 2. & inferius ex illationibus apparebit. Quam in gratiam noſtri Piſani Collegij (in quo ſucceſſiuis Inſtitutionum circularibus diſputationibus obuenit non citra puluerem) in incudem ipſe redigo.

Vtrinque adſunt communia vexilla; & inprimis, quod inuentione, ac forma fuerit de iure ciuili introducta teſtandi facultas, tenuit gloſ. verbo, dominia, in fine, & ibi Bart. col. 3. in princip. in l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure. Porcius, & Ozerius Tolentinas à numero 30. in Rubrica Inſtit. de teſtament. Hiſpanus Menchaca, qui plures refert, tract. de ſucceſſ. creat. lib. 1. §. 1. ante num. 1. verſ. vltima fuit opinio, quam ipſe ſequitur, num. 1. & 4. communis per Rodolfinum de Sabloneta, in tract. de abſoluta princip. poteſt. cap. vlt. num. 141. verſ. contrarium tenuit Bellonus in princip. Inſt. de teſtamentis, à num. 12. Tobias Nonius ibidem, à num 21. nouiſſimè. Luſitanus Benedictus Ægidius, non inſubtiliter in præſat. numero 2. ad repet. lege 1. C. de ſacroſ. eccleſ.

2 Pro qua † opinione vrgent ſequentia fundamenta. Primum ex §. ius autem gentium, Inſt. de iure naturali, gentium &c. ibi: *Nam vſu exigente, & humanis neceſſitatibus, gentes humanæ iura quædam ſibi conſtituerunt*, &c. Si igitur iuris gentium ſunt, quæ neceſſitas humana introduxit: certè teſtamentorum origo, ac facultas ab eo profecta non eſt nulla quippe neceſſitas, aut vitæ conſeruandæ, aut iniuriæ propulſandæ, teſtamentorum vſum inuexit.

Secundum, ex l. 2. cum ll. ſeqq. ff. de iuſt. & iure, cum ſimilibus, vbi iuris gentium inuenta referuntur: inter quæ teſtamentorum vſum non reperies, ergo, &c.

3 Tertiò † arguitur ex l. verbis legis, ff. de verb. ſignif. vbi deciditur à lege 12. tabul. tributam fuiſſe hominibus poteſtatem hæredis inſtituendi, legata, & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. Quid autem teſtamentum continet, præter hæredis inſtitutionem, & legatorum, & ſimilium dationem, & tamen hæc lege 12. tabul. tributa ſunt, igitur, &c.

4 Quartò † licet origo teſtandi à iure gentium proueniret, cum tamen eſſet inualida, & inutilis, non rectè tribuetur iuri gentium, ſed potius iuri ciuili confirmanti: nam quæ de iure gentium dicuntur, attento eodem iure valida ſunt, & firma, vt rectè probat relatus Ægidius, vbi ſupra, numero quarto; conſtat autem teſtamentarias ſucceſſiones lege 12. tabul. confirmari, vt oſtendit l. lege obuenire, ff. de verb. ſignif. ergo, &c.

5 Quintò, † deportatus capax eorum eſt, quæ ſunt de iure gentium introducta, lege ſunt quidam, ff. de pœnis, & tamen teſtari nequit, lege eius, §. primo ff. de teſtam. nec etiam capere ex teſtamento, lege ſi deportati, ſeptima, ff. de legatis 3. lege prima, C. de hæred. inſtit. ergo, &c.

6 Sextò, quia † qui teſtatur, re ipſa diſpoſitionem confert in tempus inhabile: nam morte rumpitur dominium, Auth. de nuptijs, §. deinceps, collat. quarta, lege prima, ff. de rerum diuiſ. lege vltima, ff. de crimine expil. hæredit. & perinde eſt aliquid fieri tempore inhabili, vel in tempus inhabile conferri l. quod ſponſæ, C. de donat. ante nupt. conſtat autem fictam perſonam, quæ defunctum repræſentat, bona eius continentem, quouſque hæres adeat, (qui itidem defunctum ficte agit, vt diſpoſita exequatur, Auth. de iureiurando, in princip. collat. quinta:) non quidem a iure gentinm, quod fictiones non cognouit, ſed à iure ciuili fuiſſe inuectam, lege hæreditas, ff. de acquir. rerum dominio, lege mortuo, ff. de fideiuſſoribus, ergo validè teſtandi vſus a iure tantum ciuili introductus eſt.

7 Septimo † probatur ex textu, in §. ſed vt nihil, iuncto §. ſed prædicta, Inſt. de teſtam. vbi Imp. rem altius, & ob origine repetendo, in materia teſtamentorum, enumerat ſolum teſtamenta de iure ciuili, ergo eorum inuentio iuri gentium tribui non debet. Quod iuuatur ex Auth. de nuptijs, §. diſponat, collat. quarta vbi lex 12. tabul. circa facultatem teſtandi appellatur antiquiſſima, antiquiſſimo autem nihil eſt antiquius, vt de natura ſuperlatiui in noſtris terminis tradit Ozerius Tolentinas, vbi ſupra, num. 38.

Octauò ſuadetur ex l. 3. ff. de teſtamentis, ibi: *Iuris publici eſt*, &c. vbi factio teſtamenti dicitur iuris publici, conſtat autem ius publicum appellari illud, quod ad Romanæ Reip. ſtatum pertinet, §. vlt. Inſt. de iuſt. & iure.

8 Nonò ex †, §. vlt. Inſt. de vſu, & habit. ibi: *Hactenus expoſuimus ſummatim quibus modis*

iuris

iuris gentium res acquirantur; modo videamus quibus modis legitimo, & ciuili iure acquiruntur. vbi Imp. oſtendit, in titulis, qui ſequuntur, proponi modos acquirendi de iure ciuili: inter quos agitur etiam de ſucceſſione teſtamentaria, ergo teſtamentum à iure ciuili inuentum eſt. Quod fundamentum vrgens aſſerit Tobias, vbi ſupra, n. 11. ad finē. Nec ſoluit difficultatem reſponſio, quam ibidem adducit Tobias, n. 12. quod videlicet d. §. vlt. intelligat præcedere modos acquirendi dominia rerum ſingularium, non vero per vniuerſitatem, quaſi poſtea Imp. agat de acquiſitione per vniuerſitatem etiam de iure gentium; videlicet in tit. de hæreditatibus, quæ ab inteſtato nam vt inferius oſtendemus ęqua eſt, & forſan maior dubitandi ratio, circa legitimas ſucceſſiones, quam circas teſtamentaria.

9 Decimò, quod † expugnabile putat Bellonus vbi ſupra, n. 13. & Tobias, n. 21. ex eo probatur: quia quando ius ciuile alicui actui formam, & nomen tribuit, actus ille à iure ciuili introductus dicitur, vt euenit in ſtipulatione, in qua, ſi materiam attendamus, pactum dumtaxat continetur, lege prima, §. adeo, ff. de pactis, quia tamen ius ciuile rei nomen, & formam indidit, inuentum mere ciuile dicitur ab omnibus, in Rubr. ff. de verb. oblig. & in §. de conſtituta, Inſt. de actionibus, conſtat autem teſtamenti nomen eſſe ciuile: deinde apud omnes in confeſſo eſt, formam ab eodem iure ciuili datam eſſe, ergo, &c.

10 Vndecimo, in † teſtamento requiritur hæredis inſtitutio, quæ caput ipſius eſt, §. ante hæredis, Inſt. de legatis, ſed hæredis inſtitutio iure tantum ciuili introducta eſt, §. quos autem, Inſtit. de bonorum poſſeſſ. vt argumentatur Tobias, vbi ſupra, numero 22. ad finem, ergo, &c.

Denique facit autoritas Iſidori, in capit. vltimo, prima diſtinctione vbi præmiſſa definitione iuris Quiritium, ſubijcit exemplum de legitimis hæreditatibus, quæ uel ab inteſtato veniunt, vel a teſtamento, ergo, &c.

11 Contraria † ſententia communior, ac receptior eſt, quam primus expreſſit Theophilus vnus ex iuris compilatoribus, in §. ius autem ciuile, Inſtit. de iure naturali, gent. &c. Bart. ſibi contrarius, in lege interdum, numero ſeptimo vbi ſequitur, & communem dicit Iaſon. numero quarto, ff. de condict. indeb. Connan. lib. 9. Comment. iuris ciuilis, capit. primo, numero tertio, in princip. indubitanter, ac late Viglius, in §. ſed prædicta, a numero quinto. Inſt. de teſtam. patruus meus Arrius Pinellus obiter in Rubr. C. de reſcind. vendit. prima parte, capit. primo, numero 23. Couarru. qui plures refert, lib. 3. uar. reſol. capit. ſexto, numero 7. Gomez in lege 1. Tauri, in princip. Iul. Clarus, in §. teſtamentum, quæſt. 2. Molina, de primogen. lib. 3. capit. 3. a numero quarto & Molina Theologus de iuſt. & iure, tract. 2. diſput. 124. Spino, in Speculo teſtamentorum, in gloſſa Rubricæ, 2. parte, numero 20. Rodolfinus, qui receptiorem dicit, in tract. de abſoluta princip. poteſt. capit. vltimo, numero 139. & latius, numero 141. nouiſſimè Ioannes Garcia de Saauedra, qui plures refert, in tract. de tacito fideicommiſſo, num. 4.

Et hæc poſterior ſententia (ſi iura cum medulla rationis trutinanda ſunt) verior, & omninò ſequenda eſt: & ſi de ea plures adhuc dubitent, id profecto ex eo prouenit, quia in iuris ſanctiſſima ſapientia (vt eam vocat Vlpianus in lege prima §. proinde, ff. de varijs, & extraord. cognit.) non tam veritatis indagatores, quam falſitatis ingenioſi tutores videri malumus. Vt autem huius ſententiæ veritas clarius eluceat,

12 In primis † aduertimus, quæſtionem proponi in terminis iuris gentium, quod anteceſſit iuris prudentiam, prout à lege 12. tabul. deriuatur: nam cum ius gentium adhuc hodie in aliquibus poſſit denuo introduci, ſi videlicet, quod ab vno, vel altero populo latum eſt naturali ratione ſuggerente, apud omnes peræque obſeruetur: quod ius gentium eſse docet Imper. in §. quod verò naturalis, Inſt. de iure naturali, gentium, &c. nec enim tempus ſecreuit ius gentium à ciuili; ſed tantùm hoc eſse proprium vnius ciuitatis; illud commune omnibus, §. Ius autem ciuile, Inſt. de iure naturali gentium, &c. colligitur ex Bart. in lege prima, ff. de contrahend. empt. & eleganter comprobat Franciſcus Connanus, lib. 1. Comment. iuris. capit. quarto, & quinto, ac maturè patruus meus Arius Pinellus, in Rubrica, C. de reſcind. vendit. prima parte, capit. primo, numero ſeptimo, & numero decimo id ſecurè tenet, cōtra Angelum, Decium, & Cagnolum, quos refert; quamuis ergo teſtamenti factio a iure tantum ciuili inuenta, & formata fuerit, iam hodie citra controuerſiam eſse conſtat de iure gentium, nulla enim nunc adeo fera, & immanis natio eſt, (penes quam bona ſeruari ſoleant) quæ iam aliqualem teſtandi modum nō imbiberit.

13 Deinde † aduertimus, decipi Doct. qui tutātes teſtam. de iure ciuili, agnoſcunt ſucceſs. ab inteſtato eſse de iure gent. in quorum numero eſt Bellonus, in d. princip. Inſt. de teſt. n. 7. & ex Siculo in Rubr. extrà, de teſtam. tradit, & ſequitur Tob. in d. princ. n. 12. nā in primis eorū fundamentū directò nō cōcludit: dicūt .n. cō-

ſtare ex ſacris literis, inteſtatorum hæreditates filijs deferri, quod quidem agnoſcimus: ſed quod apud Politicam Hebraicam, vel vnum, aut alterum populum obſeruari conſtat, ius gentium non eſt, ſed potius ciuile. §. ius autem ciuile, Inſt. de iure naturali. Deinde ſententia contra ipſos retorquetur: quia inteſtati ſucceſsio maximè lege defertur, vt inquit I. c. in l. 3. §. de illo, ff. pro ſocio, & in l. verbis legis, ff. de verb. ſignif. & propterea deportati ab ea repelluntur, tex. in l. 1. §. capitis minutio, ff. ad S.c. Tertul. §. quod autem, verſ. vlr. Inſt. de capitis minut. quod eſt vulgare; ergo ſi inteſtati, ſucceſsio, quæ per antonomaſiam legitima dicitur, iuris gentium eſt, à fortiori, iuris gentium erit teſtamentaria.

14 Quibus præhabitis †, ad quęſtionem propoſitam breuiter reſpondemus: tam teſtamentariam, quam inteſtati ſucceſsionem, origine, inuentione, ratione, facultate, de iure gentium eſſe: forma, ſolennitateque de iure ciuili.

Quod in primis probatur, quia ante ius ciuile, prout à lege 12. tabul. dimanauit, cognitus erat teſtamentorum vſus, vt conſtat ex ſacra pagina, Geneſ. cap. 21. & 25. & 27. quod licet directò non concludat, iuris gentium eſſe, vt probauimus: per indirectum tamen id oſtēdit; cum non conſtet, hoc à ſacris illis patribus peculiari lege, aut conſuetudine obſeruari; & ita credendum videtur, de iure gentium eſſe, præſertim, cum naturalis ratio, (quæ quamuis ſimplex non ſufficiat) apud omnes tamē peræque obſeruata, ius gentium conſtituit, §. ius autem ciuile, verſ. quod verò naturalis ratio, Inſt. de iure naturali; & ita ceſsat obiecta conſideratio Tobiæ in d. princip. nu. 15.

15 Nec eneruatur † hoc fundamentum ex eo, quod plures obijciunt, videlicet, fuiſſe nonnullas gentes, quæ teſtandi vſum ignorarūt: nam in primis replicatio iſta manca eſt, quia non ſufficit conſtare, vnum, vel alterum populum, quid ignoraſſe, ne id dicatur iuris gētium, alioquin nihil eſſet iuris gentium. Proponatur namque quilibet contractus, qui extra controuerſiam ſit de iure gentium, & quiuis libenter agnoſcet, ac ſciet, illius vſum apud nonnullas gentes ignorari: quanto magis, quia etſi Germani (quorum exemplum in ore omnium verſatur) non teſtarentur attentis ipſorum primordijs; id ex eo prouenicbat, quia rudes erāt, & (vt inquit Corn. Tacit. in libello, de moribus German.) literarum ſecreta, viri pariter, feminæ ignorabant.

16 Præterea, probatur † d. ſententia, ex textu in l. neque, §. 1 aliàs l. idem eſt, §. & deportati, ff. de milit. teſtam. vbi Vlp. ita ſcribit: *Et deportati, & fere omnes, qui teſtamenti factionem non habent, à milite hæredes inſtitui poſſunt*; &c. Vnde manifeſtè colligitur, militem teſtari de iure gentium, & militare teſtamentum eſſe ſimpliciter actum iuris gentium: & propterea illius capacem eſſe deportatum, iuxta regulam l. ſunt quidam, ff. de pœnis.

17 Cuius † ſolidi fundamenti vim non eneruat aliquorum ex ſupracitatis Doctoribus reſponſio, quod nempè hoc proueniat à priuilegio peculiariter militi conceſſo. Nec etiam id, quod deinde opponunt, videlicet, ex d. §. & deportati, ſolum colligi deportatum habere teſtamenti factionem paſſiuam, non verò actiuam: quaſi tunc dicendum foret, teſtamētum eſſe de iure gentium origine, quando deportatus illius actiuè capax cenſeretur.

Non inquam euertitur ſuprapoſitum fundamentum: quia quod attinet ad primam replicationem, ſolum concludit, ex priuilegio eſſe remiſſa militibus ſolennia teſtamentorū, vt ita generaliter oſtendit Imper. in princip. Inſt. de milit. teſtam. qua ſolemni obſeruatione remiſſa, ſtatim conſequitur, illum ad libitū poſſe teſtari, omiſſo numero ſeptenario teſtiū, ipſorum ſignis, ſubſcriptionibuſque pretermiſſis, cum ſimilibus, vt intendit Imp. in d. princip. Inſt. de milit. teſtam. vbi gloſs. verbo obſeruatio, vltra alios notat Vigl. ibidem, nu. 4. poſſe etiam pro parte bonorum, & temporis teſtatum, & pro parte inteſtatum decedere, l. ius noſtrum, ff. de regul. iuris, l. ſi miles vnum ex fundo, l. ſi duobus, l. in fraudem, §. miles & ad tempus, ff. de milit. teſtam. laxata namque iuris ciuilis ſeueritate, illud idem conſtituit naturalis ratio apud omnes peræque obſeruata, & ita, qui de iure gentium teſtatur, & pro parte bonorum, & ad tempus & ex tempore teſtari poteſt, Viglius, in §. hæreditas plerumque, nu. 7. Inſt. de hæred. inſtit. & hinc eleganter deducitur, quod vbi tantum ius gentium obtinuerit, poterit argumentum directum deduci ex teſtamento militis; quaſi in ſe nihil aliud contineat, quam actum iuris gentium, vt obſeruat Vigl. in Rubr. nu. 9. Inſt. de milit. teſtamento.

18 Et quod † militibus hæ, vel illæ in indiuiduo obſeruationes teſtamentariæ non ſint particulari priuilegio remiſſæ, ſed potius in genere remiſſa ſolennia ciuilia: ex eo inſuper comprobo, quia omnia iura, (vt attēdenti patebit) quæ ſigillatim, nunc hunc, nunc illum effectū contra auſteritatem iuris ciuilis in teſtamento militari patefaciunt; non indicant peculiare priuilegium conceſſionis, ſed potius generale remiſſionis ſolennitatum ciuilium: quaſi inducta generali remiſſione, reliqua conſequantur; ergo poſſe à milite deportatum inſtitui, non peculiari priuilegio obtentum eſt (quod nequaquam olfecit I.c. in d. §. & deportati, aliter

ter

Digitized by Google

ter id exprimeret; quia I.conſulti tantum eſt, reſpondere ſecundum iuris regulas; non verò ab illis eximere) ſed potius à remiſſione ſolennitatum ciuilium: vt ita noſceretur, militem quoad facultatem teſtandi reductum eſſe ad merũ ius gentium, cuius deportatus capax eſt.

19 Tandem id † conuinco deducendo ad abſurdum: nam ſi peculiare priuilegium extaret, quo miles potuiſſet deportatum inſtituere, iam fauor iſte non militi, ſed deportato principaliter conferretur: qui enim in his terminis commodum ſentit, ſolus deportatus eſt; & ita militare priuilegium directo capacem redderet deportatum, cui communio iuris, interdicta eſt, d. l. ſunt quidam, ff. de penis; cuius argumenti quantum robur ſit, maturo penſitantium iudicio relinquo.

20 Ad ſecundum † verò obicem, qui opponebatur, ſcilicet, quod ex d. §. & deportati, non colligebatur, deportatum eſſe capacem teſtamenti factionis actiuæ, ſed tantum paſſiuæ; quod licet agnoſcamus, reſpondetur, non proinde minui propoſiti fundamenti vim: quia omiſſa ratione, ob quam ipſe teſtari nequeat (de qua inferius ſtatim agendum eſt) ſufficit, quod ipſe capax eſt acquirendi ex teſtamento militari; tunc enim ſuccedit regula l. ſunt quidam, ff. de pęnis, vbi deportato ſola permittitur acquiſitio de iure gentium: vnde, quæ ei permittitur ex teſtamento militari, in eandem cauſam incidere conſequens eſt.

21 Quæ ſic † comprobata opinio eo magis placere debet, quo contrariæ fundamenta clarius euaneſcunt, vt apparebit; nam primum facile diluitur, ſi aduertas Imp. in §. ius autem gentium, Inſt. de iure naturali, in relatis verbis, non definiuiſſe ius gentium, ſed originem tantum tradidiſſe, à neceſſitate quippe humanæ ſocietatis dimanauit; definitur verò in §. ius autẽ ciuile, verſ. quod verò naturalis, Inſt. eodem tit. ſub qua vera definitione continetur teſtamenti factio, iuxta ſupra dicta. Inſuper ad humanam neceſſitatem referri poteſt, cum ad quietem eiuſdem humanæ ſocietatis maximè conducat: ne ſcilicet bona defunctorum vtpote vacantia in direptione ſint, in grandem ciuilis quietis conturbationem.

22 Ad † ſecundum ex d. l. 2. cum ll. ſeqq. ff. de iuſt. & iure, in primis reſponderi poteſt, teſtamenti factionem aliqualiter contineri in d. l. ex hoc iure, ff. eodem tit. ibi: *Commercium.* Nã viciſſitudo verſatur, & quædam commercij ſpecies in mutua inter homines ſucceſſione teſtamentaria. Vel aptius reſponde, in prædictis legibus non referri omnia, quæ iuris gentium ſunt, vt innuit Imp. in §. ius autem gentium, Inſt. de iure naturali, ibi: *Et alij innumerabiles;* &c. deinde conſtat, pęnas irrogare, pręmia reddere, maioribus obſequia præſtare, iuris gentium eſſe, idque nemo inficiatur: & tamen in dictis iuribus non continentur. Aliter, ac tandem ſatisfacit Ozerius Tolentinas contrariæ ſententiæ defenſor, in d. Rubr. nu. 31. videlicet, in d. l. ex hoc iure, referri tantum contractus iuris gentium.

23 Ad tertium † ex d. l. verbis legis, ff. de verb. ſignific. omiſſa multiplici interpretatione Viglij vbi ſupra, nu. 12. & Tobiæ, nu. 7. verſ. ſecundo pro hac, qui non plenè ſatisfaciunt. Reſpondeo, ex citato textu non probari lege 12. tabul. eſſe ſimpliciter tributam facultatem teſtandi: id namque iure gentium receptum erat: ſed tantum probari, latiſſimam poteſtatem tributam eſſe, & ita aliquid amplius, quã quod de iure gentium cognitum erat, vt patet in exemplus ibidem ſubiunctis.

24 Ad quartum † ex d. l. lege obuenire, ff. de verb. ſignif. Reſpondetur primò, quando dicitur teſtamentarias diſpoſitiones lege 12. tabul. confirmari, idem eſſe, ac recipi; quaſi etiã à lege 12. tabul. recipiantur. Vel reſponde, confirmari, quia varijs ſolennibus ſepiuntur, cum nuda, ſimplex probata voluntas de iure gentium ſufficiat. Vel tandem elegantius ſatisfac, dicendo, quod cum ius ciuile ſubtiliter declarauerit, vt ſtatim poſt mortem defuncti, bona ipſius vacent, & primo occupanti concedantur, l. 1. ff. de rerum diuiſ. iuncta Auth. de nuptijs. §. deinceps, collat. 4. niſi perſona ficta ab eodem iure ciuili introduceretur, quæ bona defuncti ſub dominio antiquo coercet, l. mortuo, ff. de fideiuſſor. ſequitur, illam infirmitatem, quam in teſtamentaria ſucceſſione ius ciuile introſpexit (quam tamen ius gentiũ neglexerat) ab eodem iure confirmari, vt in d. l. lege obuenire, ſecundum quæ bene poteſt dici teſtamentarias hæreditates à lege 12. tabul. quia ſcilicet antea erant infirmæ, conſiderata tamen infirmitate ab eodem iure ciuili, non verò gentium.

25 Ad quintum † communiter reſpondetur per ſupra relatos pro hac poſteriori ſententia; quod propterea deportatus teſtamentum facere nequit, quamuis aliàs facultas teſtandi de iure gentium ſit: quia in orbe Romano talis factio teſtamenti non obſeruatur, niſi ſolennia quoque ciuilia interueniant, quæ tamẽ interdicta ſunt deportato, d. l. ſunt quidam, ff. de pę nis, & conſequenter teſtamentum nequit condere, d. l. eius qui, §. 1. ff. de teſtam.

Ceterum, huic reſponſioni replicat eleganter Ozerius Tolentinas, in d. Rubr. de teſtam. nu. 32. quod inde ſequeretur, deportatum eſſe etiam incapacem contractuum iuris gentiũ, qui recenſentur in l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure: quia omnibus iſtis ius ciuile formas, ac ſolen-

Digitized by Google

ſolennitates addidit, vt patet ex l. 1. ff. de contrah. empt. vbi ius ciuile ſtatuit, vt emptio nõ aliter fieret, quam pretium interueniret in pecunia numerata, cum tamen antea etiam in ſpeciebus pretium conſtitui potuiſſet, vt ex d. L. 1. eleganter oſtendit paruus meus Arius Pinellus, in Rubr. C. de reſcind. vendit. 1. parte, nu. 29. Deinde conſtituit ius ciuile, vt ſcriptura requiratur, l. contractus, C. de fide inſtrum. & tamen adhuc hodie deportatus eſt capax contractuum iuris gentium, l. ſi mandauero, §. is cui, ff. mandati, quam capacitatem eidem conſeruat ius ciuile, vt patet ex d. l. ſunt quidam, ff. de pœnis.

26 Et quod † ſuperadditum veſtimentum ſolennitatum ciuilium nihil immutet, ſi actus iuris gentium eſt, quo minus deportatus eius ſit capax, probatur: nam matrimonium iuris gentium eſt; etenim cum genere humano proditum eſt, & poſtea multis ſolennitatibus a iure ciuili munitum fuit, vt patet ex tit. ff. de ritu nuptiarum, ex princip. Inſt. de nuptijs, & tamen deportatus eius capax eſt, l. ſed ſi mors, ff. de donat. inter virum & vxor. vt ponit Tobias, in d. principio, nu. 9. & melius comprobaret ex l. res vxoris, 24. verſ. vlt. C. de donat. inter virum & vxor. & ex Auth. de nuptijs, §. deportatio, collat. 4. ergo ſi teſtamentum iuris gentium eſſet, licet poſtea ſolennibus fuerit vndique ornatum, non proinde tamen deportatus eius incapax redderetur.

27 Viglius † in d. §. ſed prædicta, nu. 11. Inſt. de teſtam. agnoſcit replicationem Tolentinatis concludere in ijs, quæ à iure ciuili denuo introducta ſunt, vt ecce quando ſcriptura in contractibus requiritur, iuxta d. l. contractus, C. de fide inſtr. non ita generaliter in contractibus, quos tantum approbauit ius ciuile. Quæ ſolutio parum tuta eſt, quia conuelli facilè poteſt, ſi probetur, quidquam etiam tenue à iure ciuili additum eſſe; quod facilè eſſet inuenire in quolibet contractu iuris gentium; eo maximè, quia nullus adeſt contractus iuris gentium, quamuis à iure ciuili nihil ſolennitatis mutuaretur circa ipſius celebrationem, qui circa executionem non indigeat actione, quæ à iure ciuili inuenta eſt, l. 2. §. deinde, ff. de origine iuris, notat gloſſa recepta, verbo vlt. in l. rerum quidem, ff. actione rerum amot. & verb. obligationes, in l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure, vbi omnes ſequuntur. Confunditur denique Viglij ſolutio ex infra dicendis.

28 Deterius † opinatus eſt Tobias vbi ſupra, nu. 10. qui tandem, vt prædictam Tolentinatis replicationem deuitaret, quaſi ſecurius concludit, deportatum eſſe teſtandi incapacem, etiam attento iure gentium, ne ex culpa ſua commodum reportaret. Quæ opinio abeat ab ore etiam ſemidoctorum, indigna quippe eſt tanti viri ingenio, quale in Tobia agnoſcitur: ius namque gentium non diſcreuit deportatos ab alijs hominibus, nec talem capitis diminutionem recepit, figmentum iuris ciuilis. Rationem quoque Tobiæ ineptam eſſe deprehendet quilibet: quia deportatus non acquirit commodum teſtandi propter delictum, id enim nemo dicit, ſolumque aſſerimus, non deperdi ex delicto, ſi bona ſupereſſent: nec ex eo quod apud Romanos teſtari ſeruata ſola forma iuris gentium deportatus nequiuiſſet, ſequitur illum eſſe incapacem teſtandi de iure gentium: nam hoc aliunde prouenit, vt inferius oſtendemus.

29 Quapropter † pro ſolutione propoſitæ difficultatis, & ſuperadditæ inſtantiæ, aduerte, actus de iure gentium inductos, aut receptos, non ob id mutare naturam, aut originem, quod poſtea ab hoc, vel illo populo uarijs ſolennitatibus muniantur, vt tetigit Tolentinas vbi ſupra, nu. 32. tetigit etiam, ſed temere receſſit Tobias in d. princip. nu. 9. cum ſeq. quod maximè obtinebit in eo populo, in quo actuũ iuris gentium peculiaris differentia, & obſeruatio attenditur quoad varios effectus: nam tunc luce clarius erit, quod conſeruantur in ſua primæua natura, & origine, licet ſolennia ciuilia ſint ſuperaddita: alioquin, vt notaui, nihil pene iuri gentium tribuendum eſſet, niſi ſolam illam rudem, & antiquam originem.

30 Aduerte † deinde, ſolennia ciuilia, quæ actibus iuris gentium ſuperadduntur, eſſe in duplici differentia: nam vel reſpiciunt tantum celebrationem actuum: vel etiam habilitatem perſonæ, ſecundum mores, aut ius ciuitatis. Si ſolennia reſpiciant dumtaxat actum ipſum iuris gentium, qui geritur, non verò perſonas gerentium, indiſtinctè eiuſdem factio omnibus competet, quibus attento iure gentium competeret. Si verò ſolennia perſonas reſpiciant, ipſarum videlicet habilitatem, vel inhabilitatem, tunc ſecundum talem ciuilem ſanctionẽ indaganda eſt habilitas, vel inhabilitas gerentium: potuit namque ius ciuile addere ſolennitatem actui iuris gentium, quæ ex iuſta ratione aliquẽ ab eodem actu repellat, veluti, ſi agatur de publica quiete, & ciuili ſocietate, quæ in punitione delictorum conſiſtit, vt reliqui deterreantur. Sicut enim ſeruitus iure naturali incognita, ob ciuilis ſocietatis conſeruationem naturali ratione a iure gentium recepta fuit, §. ſeruitus, Inſt. de iure perſonarum; ita & eadem ſuadente ratione, ius gentium in particulari a iure ciuili poteſt, non quidem mutari, ſed certe declarari aliquando non vigere. Nam ratio non ſolum producit ius gentium,

iuxta

Digitized by Google

iuxta §. ius autem ciuile, verſ. quod verò naturalis, Inſt. de iure naturali, verum etiam conſeruat : qua ceſſante, ceſſat & ipſius iuris gentium hæc, vel illa diſpoſitio.

31 Ex quibus † breuiter notatis infertur Primò, deportatum poſſe facere ea omnia, quæ à iure gentium fuere introducta ante ius ciuile, cum & a iure ciuili conſeruentur deportato, l. ſunt quidam, ff. de pęnis, quamuis varijs, ac ciuilibus ſolennibus quoad ſui celebrationem fuerint vndique veſtita. Et hinc prouenit, quod deportatus poterit emere, vendere, vel ſimiliter contrahere, gloſs. recepta, verbo, habuerint, in l. 2. C. de bonis proſcript. quamuis hi contractus (qui origine ſunt, & adhuc conſeruantur de iure gentium) multa ſolennia ſortiti fuerint à iure ciuili; & conſequenter poterit vti ſolennitate ſcripturæ, quam ius ciuile introduxit in d. l. contractus, C. de fide inſtrum. & Ordinatio Luſitana, lib. 3. tit. 59. §. 1. & 2. quidquid contra innuat Viglius, in d. §. ſed prædicta, d. nu. 11. nam hæc ſolennia nec ademere dictum contractum à iure gentium, nec ademiſſe credendum eſt, cum ius ciuile adhuc conſeruet actus iuris gentium, quorum ſimpliciter capacem facit deportatum, d. l. ſunt quidam, ff. de pęnis.

32 Infertur † ſecundò, quod licet actio ſit inuentio iuris ciuilis, vt probauimus: nihilominus a deportato, vel quolibet alio peregrino exerceri poteſt pro executione actus iuris gentium : quia cum contractus iuris gentium deportatis non interdicantur, conſequens fuit, vt remedia, quibus executioni mandantur, prędictis incapacibus conceſſa cenſerentur, alioquin nullus omninò contractus iuris gentium effectualiter deportato, ſiue peregrino competeret; cum ſola ordinaria remedia ſint in vſu, vt debitæ executioni, & vltimatæ perfectioni prædicti contractus tradãtur; quomodo enim poterit deportatus agere ad implementum vẽditionis, vel emptionis, niſi ex vẽdito, emptoue actione vtatur; ſeu quomodo obtinebit hæreditatem militarem, in qua inſtitutus eſt, iuxta d. l. idem eſt, §. & deportati, ff. de milit. teſtam. aut legatum, ſiue fideicommiſſum à milite relictum, iuxta l. ſi deportati, 7. §. 1. ff. de legatis 3. niſi vel petitione hæreditatis, vel varijs actionum generibus, quæ pro legato competunt, vtatur; in quo, ſicut & in ſimilibus alijs ſpeciebus, nunquam peculiariter prouiſum fuit deportato, vt agere poſſet in iudicio: ſed id tanquam neceſſarium conſequens conceſſum intelligitur: & ita agitur ratione contractuum de iure gentium per medium ciuile, vt eleganter tradit gloſs. vlt. in l. rerum quidem, ff. actione rerum amot. & Bart. in l. ſi mandauero, §. is cuius, ff. mandati, vbi reliqui ordinarij, elegantiſſimè. Imola in l. ſi victum, num. 1. ad fin. ff. re iudic. & ante eum Bart. num. 1.

33 Infertur † tertiò verus intellectus ad d. l. ſi mandauero, §. is cuius, ff. mandati, ibi: *Is cuius bona publicata ſunt, mandare alicui poteſt, vt ea emat*; &c. vbi agens de deportato, inquit I.c. poſſe mandare, & ei actionem competere, cũ mandatum ſit iuris gentium, l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure, ibi: *commercium*, iuncta gloſs. ibidem, notat Bart. in d. §. is cui, & communiter Doctores, Tolentinas, in d. Rubr. Inſt. de teſtament. nu. 32. ſentit apertè Imola, in l. ſi victum, 34. nu. 1. in fine, ff. de re iudicata.

Nec admittenda eſt Tobiæ Nonij interpretatio in d. princip. Inſtit. de teſtam. nu. 9. vbi opinatur, d. §. is cui, non procedere in deportato, vel qui ciuitatem amiſit, ſed potius in quolibet alio, cuius (ſalua ciuitate) bona publicata ſunt, argumento l. certa forma, vbi Bart. & alij, C. de iure fiſci, lib. 10. Hæc enim interpretatio, quæ alijs etiam grauiſſimis præceptoribus Luſitanis non diſplicuit, omninò exploditur ab eodem I.c. in d. §. is cui, ibi: *Quia publicatis bonis, quidquid poſtea acquiritur, non ſequitur fiſcum*; Quæ verba niſi intelligerentur de deportato (ſed potius de relegato, aut ſimili, cui integer manet ſtatus) ſine mente proferrentur: nam de ſolo deportato dubitari poterat, an poſtea ſibi acquirere, aut retinere poſſit, cum communionem non habeat iuris ciuilis, ex ſæpe citata l. ſunt quidam, ff. de pęnis. Verum cum acquiſitio de iure gentium ei interdicta non fuerit, d. l. ſunt quidam, & innuit l. 2. ibi: *Rerum, quas poſt pęnam irrogatam habuerint*; &c. C. de bonis proſcript. & conſequenter poſſit emere, & mãdare, merito d. §. is cui, intelligendus eſt in deportato.

34 Si igitur ex † dictis conſtat, ſolennia ciuilia addita actibus iuris gentium, non efficere, quominus adhuc de iure gentium actus dicantur, quorum deportatus capax eſt, & teſtamenti factio iuris gentium ſit, vt probauimus, cur deportatus teſtari nequit, ſaltem de iure gentium?

Ex præmiſſis ſatisfit, ſi dicamus, propterea reſpectu teſtamentariæ factionis deportatum eſſe incapacem, quamuis origine, & inuentione iuris gentium fuerit: quia ſolennia addita a iure ciuili, non ſolum reſpiciunt actum teſtandi, ſed etiam perſonas teſtantium, v.g. vt ſint ciues Romani, l. 1. ff. ad legem Falcid. ibi: *Qui ciues Romani ſunt*; &c. & cum deportatus ciuitatem amittat, §. minor, Inſt. de capit. minut. nihil mirum, quod teſtari nequeat; ſic enim naturali ratione ſuadente puniendo delinquentes, conſeruatur quies publica, & ſocietas ciuilis.

Hæc

35 Hæc etiam † qualitas ciuis Romani quoad paſſiuam teſtamenti factionem inſpicitur d. l. 1. ff. ad leg. Falcid. ibi: *Quantam cuique ciui Romano pecuniam*; &c. & hinc intelligitur l. ſi deportati, 7. §. 1. ff. de legatis 3. & l. 1. C. de hæred. inſtit.

36 Et hinc † etiam eſt, quod in ſucceſſione ab inteſtato (quamuis origine ſit iuris gentium) deportatus hæredem habere nequit: nec ipſe eſſe poteſt, vt ſupra probauimus: nam adhuc qualitas perſonæ a iure ciuili inſpicitur; & ita intelligi debet l. 2. C. de bonis proſcript. ibi: *Nec earum quidem rerum, quas poſt irrogatam pœnam habuerint, hæredem habere poſſunt*; &c. ſcilicet, nec etiam ab inteſtato.

37 Hinc † etiam prouenit, quare peregrini nō poterant teſtari apud Romanos commorantes, nec etiam ab alijs inſtitui, aut eiſdem legari, d. l. 1. ff. ad legem Falcid. d. l. 1. C. de hæred. inſtit. Vigl. in §. vlt. num. 2. Inſt. de hæred. inſtit. quamuis eiſdem facultas eſſet teſtādi de iure gentium, quia nempe ad teſtamentum conficiendum in orbe Romano, vel vt hęres quis inſtitueretur, requirebatur, vt ciuis Romanus eſſet. In quo quidem ius Romanorum non derogauit iuri gentium, quo eſt inferius; ſed tantum apud ſuos, & in ſuo territorio ex iuſta cauſa potuit concedere teſtamenti factionem ſub certis ſolennibus, quorum, qui non fuerit capax, per accidens non poterit teſtari. Indeque iuſtificatur lex Galliæ, qua cauetur, ne peregrinus (quem Albinum vocant, quaſi alibi natum) teſtari queat, vt refert Vigl. in d. §. vlt. nu. 3. nam in regno Gallico attenditur etiam qualitas teſtantium pro ſolennitate actus. An verò in vniuerſum poſſit tolli facultas teſtandi, infra diſcutietur.

38 Infertur † tertiò reſolutio ad illud, quod tetigit, ſiniſtreque reſoluit Tobias in d. princip. Inſt. de teſtam. nu. 10. cur videlicet (ſi teſtamenti factio iuris gentium eſt) deportatus ſaltem de iure gentium non poſſit teſtari, ſpretis ſolennitatibus ciuilibus, quod etiam negat generalitas d. l. eius qui, §. 1. ff. de teſtament. Facile enim ſatisfit, ſi aduertas in orbe Romano, non aliter receptam fuiſſe teſtandi facultatem a iure gentium ortam, niſi ſub ſolennibus reſpicientibus perſonas teſtantium, quod ſcilicet ſint ciues Romani, vt probauimus; vnde ſequitur, non aliter etiam ibidem fieri poſſe teſtamentum, quam data habilitate perſonarū, ſi tamen extra iuriſdictionem Romanam deportatus ille decederet, vbi facultas teſtandi non requirebat certam aliquam qualitatē perſonalem, tunc de iure gentium teſtari potuiſſet.

39 Infertur † rurſus ex ſuprapoſita doctrina vera reſolutio ad quæſtionem, vtrum deportatus poſſit matrimonium contrahere? cum conſtet, matrimonium eſſe de iure gentium, & cum ipſis primis hominibus ſimul prodijſſe. In qua ſecurè reſpondendum eſt, non poſſe: quia apud ius ciuile ita receptum eſt matrimonium, vt inter alia ſolennia, quæ eidem ſubiunxit, neceſſarium ſit, quod celebretur inter ciues Romanos, princip. Inſt. de nuptijs, quod formidoloſè, & mente incerta tetigit Tobias, in d. princip. nu. 10. quod adeo verum eſt, vt etiam antea initum deportatione ſolueretur, de quo latè egimus ſub hoc lib. 2. cap. 2. nu. 7. & a nu. 35. vbi oſtendimus, principali beneficio indultum eſſe, vt deportatio matrimonium ſemel contractum nō diſſolueret, quod ius ciuile potuit efficere, remiſſa tunc ſolennitate ciuili, quæ inter ciues tantum Romanos agnoſcebat matrimonium.

40 Infertur † tandem, quod ſi ius ciuile in teſtamentaria obſeruatione remittat illam ſolennitatem perſonalem, qua ſolis ciuibus teſtari permittitur, eo ipſo deportato teſtari conceſſum intelligeretur, tunc enim manebat is actus iuris gentium expeditus a ſolennitate, quæ ſola auertebat deportatum, vtpote non ciuem. Neque tunc reliqua ſolennia obſtarent, vt ſupra probauimus. Vnde etiam colligetur, quod licet ex remiſſione ſolennitatum ciuilium in teſtamento militari, conſequens fuit, vt in eo deportatus hæres inſtitui, vel legatum, ſeu fideicommiſſum accipere poſſit, d. l. idem eſt, §. & deportati, ff. de milit. teſt. l. ſi deportati, 7. §. 1. ff. de legatis 3. non tamen neceſſaria fuit remiſſio omnium ſolennitatum ciuilium, vt iſtam teſtamenti factionem paſſiuam deportatus haberet; ſola namque ſuffecit remiſſio ſolennitatis perſonalis, quæ in generali priuilegio militari continebatur.

41 Ad Sextum † reſpondet Viglius, in d. §. ſed prædicta, num. 11. voluntatem teſtatoris non conferri in tempus inhabile quoad ſubſtantiā actus, quaſi tunc cenſeatur fieri, cum morte ſoluatur, Auth. de nuptijs, §. deinceps, collat. 4. ſed potius quoad executionem: ita, vt voluntas ſit perfecta ante mortem, quo tempore adhuc dominium retinetur. In cuius comprobationem facit, quod teſtamentum in vita rūpitur, iniuſtum fit; vel reconualeſcit, aut rumpit anterius, l. poſthumi, 3. §. 1. cum ſimilibus, ff. de iniuſto, rupt. & irrito teſtam. l. ſi filius, qui in poteſtate, ff. de liber. & poſth. l. poſthumus, 12. ff. de iniuſt. rupt. §. poſteriore, Inſt. quibus modis teſtam. infirm. cum mille ſimilibus.

Et quamuis eo caſu, quo ſola executio confertur in tempus inhabile, inutilem diſpoſitionem dicat Bald. Salic. in l. quod ſponſæ, C. de donat. ante nupt. Bellonus, in princip. Quæſt,

2. nu.

3.nu.1.Inſt.de teſtam. Ægidius Luſitanus, in
prçfatione,n.12.ad l.1.C.de ſacroſ.Eccleſ.hoc
tamen intelligendum erit, niſi actus tempore
habili aliquem effectum operaretur, vt agno-
ſcit idem Ægid.in d.l.1. parte 1.§.1.nu.4.verſ.
& ſanè. conſtat autem ex dictis teſtamentum
aliquid in vita operari. ergo,&c.

42 Ad ſeptimum † ex §. ſed prædicta. iuncto
ſuperiori §. ſed vt nihil, Inſt. de teſtam. vt ſu-
pra perpendimus. plenè reſpondet Vigl. in d.
§.ſed prædicta,num.12. Tobias,in d. princip.
nu.7.verſ.mouentur,quod videlicet loquatur,
de antiquiſſimis formis teſtandi, quæ a natio-
ne Romana fuerunt olim receptæ, non verò
de facultate teſtandi, quæ antiquior eſt, & de
iure gentium introducta.

43 Quod † verò ſubiungitur ex d. Auth.de nu-
ptijs, §. diſponat, collat. 4. vbi lex 12. tabul.
antiquiſſima vocatur,vltra reſponſionem Vi-
glij,d.nu.12.reſpondetur,quod tunc antiquiſ-
ſimo nihil antiquius eſt, quando ſuperlatiuum
in id recidit, in quod & comparatiuum. At
mens Imp. in d.§.diſponat,non eſt,legem 12.
tabul. eſſe antiquiſſimam reſpectu inuentio-
nis,& originis teſtamentariæ, ſed reſpectu ſo-
lennis,ac ciuilis formæ teſtandi,quam ius ciui-
le Romanorum ſibi aſſumpſit, vt inquit To-
bias, d. princip. numero 10. verſ. quartò ad-
ducitur.

44 Ad octauum † ex l.3. ff. de teſtament. vltra
reſponſionem Tobię,d.num. 10. verſ. quintò
etiam, reſpondetur, ibidem non agi de teſta-
menti factione,à quonam iure fuerit inuenta;
ſed an à priuatorũ conuentione dimanet, aut
à communi gentium,vel ciuili iure,ad effectũ,
vt poſſit, vel non poſſit priuatorum pactioni-
bus immutari? & reſpondet I.c.eſſe iuris publi
ci, & propterea ſubiungit ibi: *Ideoque forma
eius priuatorum pactis non læditur*; Quæ illatio
ſatis comprobat mentem I.c. & aliàs tetigit
Vigl. & quos ipſe refert in princip. nu.9. Inſt.
quibus non eſt permiſs. fac. teſtam.

Vel aliter,ac melius reſponde, I.c. in d.l.3.
agere de forma teſtandi,hoc eſt,de ſollẽnibus,
quibus teſtamentum celebrari poteſt: & hanc
formã dicit eſſe iuris publici, id eſt,iuris,quod
ad populum Romanum ſpectat, iuxta §. vlt.
Inſt. de iuſt. & iure, tetigit Tobias,vbi ſupra,
num. 10. verſ. quintò etiam; & id manifeſtè
comprobat illatio I.c. ibi: *Ideoque forma eius*;
&c. & eleganter mihi ſuadet I. c. Paul. in l.1.
ff. ad legem Falcid. ibi: *Is quantam cuique ciui
Romano pecuniam iure publico dare,legare volet,
ius, poteſtaſque eſto*; &c. vbi agens de ampla,
ac ſolenni facultate teſtandi,eam iuri publico
tribuit,hoc eſt,ciuili Romanorum,de quo ſer-
mo erat.

45 Ad nonum † ex d.§. vlt. Inſt. de vſu, & ha-
bitat. omiſſa reſponſione Tobiæ in d. princip.
nu.12.dum contra mentem Cæſaris, & cõtra
ea,quæ ſupra comprobauimus,dixit, ius legi-
timorum ſucceſſionum, ſcilicet ab inteſtato,
eſſe ſimpliciter de iure gentium. Reſponde-
tur, Imp. de plano procedere, videlicet, titu-
los,& cauſas acquirendi de iure gentium præ-
ceſſiſſe: deinceps ſequi modos acquirendi de
iure ciuili: non quod omnes ſimpliciter ſint
iuris ciuilis quoad inuentionem, ſed quia non
niſi iuris ciuilis capaces per eos acquirere po-
terant,videlicet ciues Romani, vt latè proba-
uimus in ſolutione quinti argumenti,quod in-
de palam fit, quia Imp. in d.§. vlt. agit de ac-
quiſitione: non de inuentione. Secundum quã
veram expoſitionem eleganter probat, om-
nium actuum, ſiue contractuũ,quorum retro
fit mentio,eſſe capacem eum,qui capax eſt iu-
ris gentium.

46 Ad decimum † verò de contractu, cui ius ci
uile formam, nomenque dedit, reſpondetur,
verum eſſe,quod contractus, cui ius ciuile for-
mam tribuit,ſimul & nomen,eſt iuris gentiũ,
vt in ſtipulatione. Quod tamen intelligo,
quando ipſa forma, & nomen, aliquid denuò
efficiunt in indiuiduo; quod non niſi in gene-
re alioquin erat. v.g. pactum erat, quid gene-
rale: poſtea ius ciuile ſtatuit, vt ſi pactum duo-
rum ita fieret, vt ſi peteret vnus, & alter pro-
mitteret, oriretur quædam pacti ſpecies, quæ
dicitur ſtipulatio. Hoc tamen teſtamento ap
plicari non poteſt:nam qua tale,prout in indi-
uiduo nunc conſideratur,iam erat de iure gen
tium;hoc eſt,ſentẽtia eius,quod quis poſt mor
tem ſuam fieri volebat de bonis ſuis. Quod
autem hæc vltima voluntas varijs ſolennibus
veſtiatur,non efficit,vt noua actus forma oria
tur,cum præexiſtens materia teſtamenti, non
vaga, & generalis, ſed iam ſpecifica eſſet, ſeu
indiuidualis, vt cum philoſophis loquamur.
Quod autem à Latinis teſtamentum,vel à Grę
cis aliter, atque aliter ab alijs nationibus voci-
tetur, non mutat rei ſubſtantiam. Maneat
itaque generaliter conſtitutum,eum dici con-
tractum iuris ciuilis, quem ius ciuile ad ſpeciẽ
talem reduxit,cum non informis antea, & in-
ſolennis eſſet, ſed nullus in ſpecie, licet foret
in genere, vt in ſtipulatione: nec item à iure
ciuili datam formam teſtamenti, prout forma
conſtituit nouam ſpeciem,ſed prout ſignificat
varia,ac ſolennia veſtimenta.

47 Ad vndecimum, quod † hæredis inſtitutio
in teſtamento requiratur; hæc autem à iure
ciuili fieri debeat,iuxta §.quos autem, Inſt. de
bonorum poſſeſs. reſpondetur, quod hæredes
teſtamentarij à teſtatoribus fiunt: ab inteſtato
verò venientes, tam à ciuili, quam à gentium
iure. Nec quidquam facit d. §. quos autem,

quia

Digitized by Google

quia loquitur per reſpectum ad ius Prætoriũ, quod hæredes facere nequit: non verò per reſpectum ad ius gentium.

48 Ad vltimum, † de autoritate Iſidori, in c. vlt. 1. diſtinct. vt ſupra perpendimus, vltra inſolentem reſponſionem Viglij in d. §. ſed prædicta, nu. vlt. facile ſatisfacies, ſi aduertas, Iſidorum retuliſſe ad ius Quiritium legitimas hæreditates, ſeruatis videlicet ijs ſolennibus. quæ ius ciuile inuexit; propter quæ non niſi ciuis Romanus, & capax iuris Quiritum, poterat vel hæredem inſtituere, vel hæres inſtitui, vt innuit, ibi: *Quod nulli tenent, niſi Quirites*; &c. hoc enim verum eſt: nam de iure gentium ea non obſeruabantur. Vnde, nihil inconuenit dicere, teſtamenti factionem eſſe de iure gentium: legitimam, id eſt, ſolennem factionem de iure ciuili, & ita etiam liberatur quod ibidem tradit Iſidorus, dum contractus refert ad ius peculiare Romanorum, quod (cum abſolutè dictum in nullius mentem cadere poſſit, propter l. ex hoc iure, ff. de iuſt. & iure) vel intelligendum eſt de ijs contractibus, quos ius ciuile Romanorum denuò introduxit, vt eſt ſtipulatio, & ſi qui ſunt ſimiles, de quibus Doctores in d. l. ex hoc iure, vel potius de ſolennitatibus, quibus veſtiuntur, quæ quidem ſunt propriæ Romanorum, & in eos tantum conſtitutæ.

Hæc ſunt, quæ aliqualiter obſtare videbantur; quorum ſolutio proderit etiam ijs, quæ forſan denuo effingi poterunt: quæ niſi contra dicendi, aut popularem auram aucupandi libido inuexerit, ſilebit in poſterum iſta quæſtio, ne autem inutilis videatur.

49 Infertur primo † reſolutio ad illam quæſtionem, vtrum facultas teſtandi competat de rigore & iuſtitia: an verò de æquitate, & gratia. In qua totum ad æquitatem refert Abb. in Rubr. de teſtam. nu. 2. & plures ex antiquioribus, quos refert Iaſ. in Rubr. C. qui teſtam. facere poſs. eandem ſententiam probat ibidẽ Dec. nu. 10. & in l. eum qui, nu. 4. ff. de iuriſdict. omn. iud. ſentit gloſs. verbo, pendere, in l. illa inſtitutio, ff. de hæred. inſtit. veriorem, ac magis communem videri dicit Padilha, in l. cum quis, nu. 13. C. de iuris, & facti ignor. nouiſſime ſequitur Luſitanus Ægidius, in præfat. nu. 12. ad repetetionem l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ.

Ad rigorem tamen trahit facultatem teſtãdi Iaſ. vbi ſupra, prope finem, vbi moderniores ſequuntur teſte Decio ibidem, nu. 5. Bald. in d. l. illa inſtitutio, eãdem ſecurè tenet Vigl. in d. §. ſed prædicta, nu. 12. Inſt. de teſtam. Molina Thologus, de iuſt. & iure. tract. 2. diſput. 124. verſ. vlt.

Omitto figmenta Belloni in d. princip. de teſtam. quæſt. 2. n. 3. Tobiæ ibidem. nu. 23. vbi facultatem teſtandi, nec ad rigorem iuris, nec ad gratiam, ſed ad æquitatem iuris referunt, cum iſta iuris æquitas in effectu nihil aliud ſit, quam naturalis ratio, quæ cuique defert teſtãdi poteſtatem, vt innuit l. eas. ff. de capite minutis, & ibi gloſs. verbo, de dote; niſi malint intelligere de epicheia, hoc eſt, legis mente. & ita ipſorum ſententia in primam ſupra poſitam recidet.

Vtraque tamen opinio ex dictis conciliari poteſt: nam ſi conſideremus facultatem teſtandi, & validitatem a iure gentium originẽ traxiſſe: reſoluendum eſt, de rigore competere ius teſtandi; ſi verò conſideremus infirmitatem, quam ius ciuile attendit, & cui ipſum medetur, inuecta ficta perſona, vt ſupra oſtendimus: neceſſario tunc fatendum eſt, de æquitate, & gratia hominibus teſtari permiſſum eſſe.

50 Infertur † ſecundo, pupillum doli capacem teſtari poſſe eo loci, vbi ius ciuile non obligat. nam cum iſte ea omnia exercere valeat, quæ ſunt iuris gentium; quo attento conſenſus dũtaxat requiritur, & ob id naturaliter obligatur. l. 1. ff. de nouat. l. pupillus, ff. ad legẽ Falc. §. pupillus, Inſt. de inutilibus, quod in proximo pubertati agnoſcit Luſitanus Caldas. in l. 3. verb. hunc contractum, nu. 20. verſ. ſed hęc. C. de in integr. reſtit. min. & inde eſt, quod matrimonium contrahere valet, cap. iuuenis, de ſponſalibus, cap. de illis, de deſponſatione impub. Caldas, vbi proxime, nu. 1. Luſitanus Coſta, in cap. ſi pater, 1. parte, verb. impuberes, nu. 9. & generaliter, quod actus iuris gentium valeat exercere, late comprobat Luſitanus Ægidius, in repet. l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ. 1. parte, §. 1. nu. 2. vnde nihil mirum, quod etiam teſtari valeat. Ius autem ciuile in ſuis legitimis diſpoſitionibus ſtatuit certum terminum quatuordecim annorum, etiam ſapientiſſimo pupillo. plures refert, & ſequitur Gomez, in l. 3. Tauri, nu. 2. Coſta, in d. 1. parte, verb. impuberes, nu. 9. Caldas, in d. verb. hunc contractum, nu. 20. Aegidius, in d. 1. parte. nu. 1.

51 Vnde † ſubinfertur, quod cum miles de iure gentium teſtari poſſit, vt eſt communis ſententia cũ Bart. in l. 1. ff. de condict. indeb. & in l. neque, ff. de milit. teſt. Vigl. in Rubr. Inſt. de milit. teſtam. nu. 9. & in § ſed etſi quis. nu. vlt. infra eodem, & in §. hæreditas. num. 7. Inſt. de hęred. inſtit. poterit etiam teſtari, quamuis pupillus ſi doli capax fuerit: nam tunc ceſſat impedimentum naturale, vt aduertit Vigl. in §. præterea, nu. 1. in fine. Inſt. quibus non eſt permiſs. & quod pupillus miles eſſe poſſit, probat l. ſed etſi milites, §. iam autem militi impuberi, ff. de excuſat. tut. l. vlt. C. de teſtam. milit. aduertit Bart. in l. in ratione. §. quod vulgo, num. 11. ff. ad legem Falcid.

Nec

Digitized by Google

52 Nec † replicari poterit, quod de iure ciuili remiſſa dumtaxat ſunt ſolennia teſtamentaria militi. princip. Inſt. de milit. teſtam. non vero habilitata perſona, quia occurritur, perſonam militis etiam fuiſſe habilem effectam a iure ciuili, vt patet in princip. Inſtit. quibus non eſt permiſs. vbi filiusfam. miles teſtari poteſt; cum alias paganus nequiret, ergo militis conditio redacta eſt ad ius gentium, etiam quo ad habilitatem perſonæ.

53 Non etiam † obſtabit §. præterea. Inſtit. quibus non eſt permiſs. ibi: *Quia nullum eorum animi iudicium eſt*: nam quod attinet ad pupillum doli capacem, id verè non poteſt intelligi, vt innuit Viglius ibidem, num. 1. atque ita prædicta verba ex præſumptione tantùm ciuili accipienda fore, tradit Luſitanus Ægidius, in repet. l. 1. C. de ſacroſ. Eccl. 1. parte, §. 1. num. 6. immo & in iure pupillus aliquem intellectum habere dicitur, vt in §. pupillus. Inſtit. de inutilibus.

54 Et hanc † ſententiam de iure antiquiore valere, ſatis probat d. l. vlt. C. de teſtam. milit. notat Vigl. in d. §. præterea, num. 1. in fine. Ægid. d. 1. parte, num. 6. & quam ego nouè aduerto, adhuc eſſe in viridi obſeruantia.

Nec tunc obſtabit d. l. vlt. C. de milit. teſtam. vbi Iuſtinianus ita conſtituit: *Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, ſi tribunatus munerum mereantur: vltimum elogium conficere poſſe: attamen indignum noſtris temporibus eſſe viaetur eum, qui ſtabilem mentem nondum adeptus eſt, propter priuilegia militum, ſapientum hominum iura pertractare: & in tenera ætate ex tali licentia, parentibus forte ſuis, vel alijs propinquis nocere, propriam ſubſtantiam extraneis relinquendo, ideoque hoc fieri, nullo modo concedimus*. Vbi videtur denuo conſtitui, ne pupillus miles teſtari poſſit, exploſis quoad hoc priuilegijs militaribus contra noſtram ſententiam. Nec euitari poterit obiectio quaſi Imp. tantùm emendet, ne militibus pupillis proximis infantiæ, teſtari permittatur: nam in hac ætate nec eiſdem permitti poterat, propter defectum naturalem, quem lex, aut princeps ſupplere non poteſt. Viglius, in d. §. præterea, num. 1. Ægidius, d. 1. parte, §. 1. nu. 6. iude d. l. vltima neceſſario loquitur in pupillis proximis pubertati, in quibus poterat præſumi aliquod adeſſe iudicium, & illis omnino denegat teſtamenti factionem, ergo rigide ſtat difficultas.

55 Verum † ſatisfit, ſi aduertas, olim militari priuilegio conceſſam fuiſſe teſtamenti factionem militibus pupillis iam proximis pubertati, qui aliqualem intellectum habere cenſentur, §. pupillus, verſ. ſed quod, Inſtit. de inutilibus cum alijs, quæ tamen conceſſio falli poterat, quia in vniuerſum ex proximitate pubertatis non ſtatim ſequitur illa mens, & iudicium, quod requiritur ad teſtamenti factionem, & ob id generaliter corrigitur in d. lege vlt. vt patet, ibi; *Eum, qui ſtabilem mentem nondum adeptus eſt*, &c. At doli capacitas, quæ conſideratur de iure gentium in pupillo, non reſpicit aliquam coniecturalem temporis determinationem, videlicet, quod pubertati proximus ſit: id enim ius ciuile introduxit d. §. pupupillus. verſ. ſed quod, quinimmo probari debet ea, quæ apta ſit ad teſtandum, quæ adhuc de iure ciuili non ſufficiebat in pupillo, quamuis maxima foret, vt tradit Viglius, in d. §. præterea, n. 1. Iuſt. quibus non eſt permiſſ. plures, quos refert & ſequitur Ægidius, in d. 1. parte, §. 1. num. 1. & hæc doli capacitas, ſi probetur in milite pupillo, ſufficiet ad teſtamenti factionem, cum etiam tunc de iure gentium teſtetur, idque comprobat a cõtrario ſenſu d. l. vlt. ibi: *eum, qui ſtabilem mentem nondum adeptus eſt*, &c. ergo, ſi adeptus fuerit ſtabilem mentem, teſtari poterit, cum de iure gẽtium teſtetur, & amplius innuit, dum reuocans antiquam licentiam militibus pupillis conceſſam ex defectu ſtabilis mentis, non ſe reſtrinxit ad certam ætatem, verbi gratia quatuordecim annorum: ſed illam tantùm videtur amplecti, quæ ſtabilem mentem oſtendit, quamuis decimi quarti anni ſupremam diem non attigerit cum illam tantùm excludat, quæ ſtabilem mentem non demonſtrat, ſtabilem autem mentem in milite impubere intelligo, quæ regulariter eſt in pagano, vbi primum pubertatem attingit; qui quidem fere nihil ab impubere diſtat.

56 Quam † nouam reſolutionem amplio in milite impubere filiofamilias patria enim poteſtas illi non obeſt, ſi cetera ſuffragentur; princip. Inſtit. quibus non eſt permiſs. eius tamen mentem, ac iudicium, tunc plenius probandum fore exiſtimo, propter præiudicium parentis, vt conſiderat, dicta lex vltima ad finem, C. de militari teſtamento.

57 Quæ † ſi vera ſunt, notabiliter venit interpretanda Ordinatio Luſitana, libro quarto, titulo 83. §. 3. ibi: *Perque ſe algum menor de quatorze annos foſſe ſoldado, ou tiueſse na militia algum officio, ou dignidade, naò poderà por iſso teſtar*. id eſt, quia ſi minor quiſque quatuordecim annis miles eſset, aut exerceret militare aliquod munus, aut dignitatem, non proptereà poterit teſtari, &c. quæ conſtitutio aperte deducitur ex dicta lege vltima, vnde ſicut dicta lex vltima ſecundum noſtram interpretationem intelligitur in eo milite impubere, qui ſtabilem mentem no-

habuerit; non verò in eo, de quo probatur iudicium ſtabile: ſic ſimiliter indederiuata ordinatio proxima intelligenda eſt.

58 Subinſertur † deinde comprobatio ad id, quod tradit Paulus Caſtr. in l.2.nu.3.ff.de legatis 1.vbi inquit, quod ſi ſtatutum permittat maiori duodecim annis teſtari; quod etiam tunc poterit codicillari, ſic ſupponens, poſſe vtrumque ſtatuto concedi, quod intellige, ſi detur iudicium, & mens in impubere; aliàs eſſet ſtatutum inutile, vt notant præcitati Viglius, & Ægidius, cum non poſſit ſtatutum, vel lex ſupplere defectum naturalem.

59 Subinſertur † tandem comprobatio ad reſolutionẽ Hiſpani Gregorij Lopez in l. 3. tit. 1. partita.6. litera.I.dicentis poſſe principem diſpenſare cum pupillo doli capace, vt teſtetur: nam cum iuxta ſupra dicta nullum adſit impedimentum naturale, ſed ſola iuris ciuilis ſeueritas; illam princeps remittere poteſt: nec iam quidquam euincunt, quæ contra Gregor. adducit Gomez.in l.3.Tauri.nu. 3. & 4.decipiturque Suarez allegatione 12. verſ. 3. & 6. & 8. dum ait, in pupillo reperiri defectum naturalem, id enim falſum eſt in doli capace, de quo loquitur Greg. tuncque procedet ſententia Suarez, & fundamendum, quando princeps velit, vt pupillus etiam proximus infantiæ, vel doli incapax teſtetur.

60 Infertur † tertiò principaliter reſolutio ad illam quæſtionem, vtr. lege, vel ſtatuto caueri poſſit, ne in vniuerſum teſtetur? Quam affirmatiue diffinit Tobias Nonius, in d. princip. Inſt. de teſtam.nu. 23. ſi videlicet factio teſtamenti iuri ciuili tribuatur, vt ipſe opinatur, & mouetur ex regula l, nihil tã naturale. ff.de regulis iuris, quia ſi ius ciuile facultatem hanc teſtandi conceſſit, ipſum quoque eandem tollere poteſt, quod iuuat ſententia Abb. conſ. 63. videtur primò, col. penult. lib. 1. vbi reſoluit, facultatem teſtandi facile poſſe ex cauſa tolli, cum attento ſtricto iure non competat.

Contraria nihilominus ſententia ex dictis ſequenda eſt, nempè lege, vel ſtatuto fieri non poſſe, vt teſtamenti factio in vniuerſum reſpectu ſubditorum tollatur, vt expreſſit Viglius, in Rubr. nu.4. Inſt.quibus non eſt permiſſum, niſi naturalis ratio reſpectu cuiuſque in particulari id ſuaderet, quæ tamen in vniuerſum difficulter dari poteſt etiam reſpectu tunc uiuentium, vt eleganter tradit Mynſingerus obſeruat. centuria. 4. obſeruat. 78. & 79. & multo minus reſpectu naſciturorum, (an autem vniuerſitas, & quodammodo dicatur delinquere, & debeat puniri? latiſſime tradit Menoch. de arbitr. caſu, 598. centur. 6.) non enim vniuerſi ſimul demerentur, vt poſſint condemnari in amiſſione ciuitatis, & conſequenter in prohibitione teſtandi, iuxta ſupradicta.

61 Quod adeo † verum puto, vt licet teſtamenti factio iuris ciuilis eſſet, adhuc tamen à iure ciuili in vniuerſum prohiberi non poſſet: nam ius ciuile concedendo factionem teſtamenti, naturalem rationem ſecutum eſt (vt omnes agnoſcunt) inhumanum quippe erat, viuos habere licentiam de rebus ſuis diſponendi, eam autem morientibus eſſe denegatam, §. vnico. Inſt. de lege Fuſia Canin. vnde ſi denuo contraria lege prohiberetur factio teſtamenti, eſſet hæc poſterior irrationabilis; & ita non lex, iuxta cap. erit autem, quarta diſtinct. non obſtante l. non omnium, ff. de legibus, vbi Iulianus ait: *Non omnium, quæ à maioribus conſtituta ſunt, rationem reddi poße, & ideo rationes eorum, quæ conſtituuntur, inquiri non oportere, alioquin multa ex his, quæ certa ſunt, ſubuerti*: non enim denegat, ſuam cuique legi rationem ineſſe, vt ex Zaſio eleganter comprobat Ioannes Thomas Phrigius, in ſua logica Iuriſconſultorum, libro primo, cap. ſecundo, ſed tantum intendit Iuriſconſ. à priuatis non ſemper reddi poſſe: cum legis ratio aliquando probabilis, aliquando neceſſaria eſſe poſſit, illa coniecturis ſupponitur, iſta patet, & ideo de coniecturali ratione erucanda non eſt facile diſputandum, ad effectum, vt ſi non aperte compareat, vel ceſſet, ob id iura ſubuertantur; conſtat autem rationem permiſſæ teſtandi factionis aperte comperere ex dictis, & ita lex, quæ directo omnem tollit factionem teſtamenti ſine cauſa, & in vniuerſum: contra claram rationem naturalem procedit, & conſequenter ableganda erit.

62 Nec obſtat † fundamentum Tobiæ vbi ſupra, dicto numero vigeſimotertio (quamuis facultas teſtandi de iure ciuili eſſet) quia regula dicta lege nibil tam naturale, procedit, quando diſſolutio ſecuta rem, poneret omnino in antiquo ſtatu. At antiquus ſtatus in his terminis erat ſimplicis non repugnantiæ, hoc eſt, non conſtabat cuiquam eſſe permiſſum; vel prohibitum teſtari, poſt permiſſionem autem à iure ciuili conceſſam, ſi idem ius ciuile facultatem teſtandi tolleret: iam manerent homines in ſimplici prohibitione teſtandi (cui naturalis ratio obſtat) non verò in non repugnantia. & cum diſſolutio actus non reponat omnia in priſtinum ſtatum, à quo incepit; conſequenter ceſſat ratio dictę regulę, l. nihil tam naturale.

Tandem

63 Tandem † autoritas Abb. nihil euincit, ſupra enim concluſimus, factionem teſtamenti, quoad primæuam facultatem eſſe de iure gentium, & ita de rigore competere, quanto magis, quod Abb. loquitur, dummodo detur iuſta cauſa; quæ ſi in vniuerſum dari nequeat, à contrario ſentit, prohiberi non poſſe teſtamenti factionem.

SVMMARIVM.

Late agitur de intellectu l. vt pomum. 8. ff. de ſeruit. à nu. 1. per tot.
Communis interpretatio refertur, ac reprobatur. ibidem.
Sine prædio dominante non poteſt conſtitui ſeruitus realis. ibidem.
Vt conſtituatur ſeruitus realis, oportet vt reſultet vtilitas prædij, quæ prædium eſt, non verò reſpectu ad aliud. nu. 3.
In quo conſiſtat ratio dubitandi in noſtra lege, vt pomum. nu. 4.
Noſtra lex vt pomum, æque excludit realem, & perſonalem ſeruitutem. nu. 5.
Seruitus odioſa eſt, nec præſumitur, & de ratione. num. 6.
Seruitus realis magis odioſa, quam perſonalis, & de ratione. ibidem.
Non facile ſeruitutes prædiorum, vel perſonarum recipiuntur. ibidem.
Licentia pomum decerpendi, ſuapte natura voluptatem, & non vtilitatem denotat; nec conſequenter ſeruitutem conſtituit, niſi aliud ſuadeat materia ſubiecta. nu. 7.
Quid comprehendat appellatio pomi. ibidem & num. 10.
Licentia ſpatiandi in alieno non inducit vllam ſeruitutem. nu. 8.
Licentia cenandi in alieno non inducit vllam ſpeciem ſeruitutis. nu. 9.
Explicatur l. qui fundum, 205. ff. de verborum ſignif. num. 10.
Latitudo voluptatis non tranſit in vtilitatem. ibidem.
Explicatur l. ſi quis vnas, 32. ff. de vſufructu. numero 11.
Seruitus pecoris paſcendi, etiam ſine vllo prædio dominanti, perſonæ conſtitui poteſt. ibidem.
Explicatur l. competit, 16. §. 1. verſ. ſed ſi amœnitas, ff. quod vi, aut clam. nu. 12.
Vſusfructus in amœnitate non poteſt principaliter conſtitui, acceſſorie vero poteſt. ibidem.
Intereſſe voluptatis aliquando dicitur, & conſideratur à iure. ibidem.
Explicatur l. hoc iure, ff. de aqua quotidiana &c. ibi vel amœnitatis. *nu. 13.*
Cur ſeruitus aquæ etiam ad voluptatem conſtitui poſſit. ibidem.
Conciliatur obiter l. quoties nec hominum, & l. ei fundo. ff. de ſeruit. ibidem.
Explicatur l. mela. §. vlt. ff. de alimentis & cibar. leg. num. 14.
Aqua poteſt per fideicommiſſum alicui relinqui, & an inde reſultet ſeruitus, vel obligatio perſonalis. ibidem.
Seruitutes perſonales, quæ prædium dominantis requirunt, non reſpiciunt perſonam, ſed res eius, cui debentur. ibidem.
Vſus aquæ poteſt conſtitui. nu. 15.
Explicatur l. vſus aquæ. ff. de vſu, & habit. ibidem.
Legatis alimentis etiam aqua legata cenſetur. ibidem.
Quid interſit diſcriminis inter vſum aquæ, & fideicommiſſum aquæ, alicui relictum. nu. 16.
Ex pactionibus, quarum meminit noſtra l. vt pomum. reſultant obligationes perſonales. nu. 17.

CAPVT XI.

Ad l. c. Paulum lib. 15. ad Palautum. in l. vt pomum 8. ff. de ſeruitutibus.

1 SCribit † ita: *Vt primum decerpere liceat; & vt ſpatiari; & vt cenare in alieno poſſimus: ſeruitus imponi non poteſt.*

In reddenda ratione, cur in prędictis terminis ſeruitus imponi nequeat, variant Doctores. Illa communiter recipitur, quod propterea dictæ conceſſiones ſeruitutē non important; quia prædium non aderat, cuius vtilitas ex alijs augeretur; deficiente autem prædio, & conſequenter illius vtilitate, non poteſt conſtitui ſeruitus realis, l. 1. ff. communia prædiorum, l. quoties, ff. de ſeruit. tradit Bart. Paul. Alber. hic, vbi etiam Anton. de Leon. Connan. lib. 4. Comment. iuris. cap. 10. nu. 1.

Verum hanc rationem decidendi merito improbat Coraſius hic, nu. 6. Forcatul. nu. 4. tum, quia ſi ex defectu prædij dominantis ſeruitus in propoſito non emergit, fruſtrà text. inſuſitatas, & extraordinarias conceſſiones referret; cum id pariter procederet in ordinarijs ſeruitutibus: tum etiam, quia ſi prædictæ conceſſiones prædio adhærerent, non poterat, non vtilius reddi, & pluris æſtimari.

2 Vnde † aliter intelligit Longouallius in l. Imperium, vt refert, & reprobat Corraſ. hic, nu. 7. Forcatul. nu. vlt. qui etiam aliter, nec bene intelligunt.

3 Aliter † denique intelligebat ibidem in priuatis Scholijs quidam ex præceptoribus Conimbri-

Cc 2

nimbricenſibus, acri ingenio munitus, qui in ſcriptis conceſſit; quod videlicet, propterea in præfatis exemplis non conſtituitur ſeruitus, quia non important prædio dominanti vtilitatem eo modo, quo vtilitas requiritur ad validitatem ſeruitutum. oportet enim (inquit ille) vt ex vſu ſeruitutis vtilior reddatur fundus, quà fundus eſt, & vtilitas ſit ipſius fundi per ſe conſiderati; & ita quamuis prædictæ conceſſiones vtiles prædio videantur, vt aduertit Corraſ. d. n. 6. vtilitas tamen illa magis conſideratur per relationem ad dominum prædij, quàm ad ipſum prædium, quà prædium eſt. Vnde cum prædictæ conceſſiones nunquam poſſint dici vtilitates fundi, quà fundus eſt; vt cuiquam intuenti patet: nihil mirum, quod ſimpliciter dicat I. c. hic, in illis ſeruitutem imponi non poſſe; & ita etiam innuit Corraſ. vbi ſupra, ex quibus refellitur, & merito Forcatul. dicto numero vltimo, vbi putabat, ſeruitutem realem in prædictis exemplis conſtitui poſſe, ſi expreſſè fructui & vtilitati prædij dominantis conſuleretur; in quo manifeſtè decipitur, & loquitur contra proximè dicta, & contra mentem I. c. in præſenti.

4 Ceterum † licet hæc vltima interpretatio vera in ſe ſit, & rectè aptetur deciſioni I. c. per reſpectum ad ſeruitutem realem: non tamen concludit, circa ſeruitutem perſonalem: in qua niſi maximè fallor, ſola verſatur dubitandi ratio: quia vt pomum decerpere liceat, videtur includi vſusfructus, propter amplam pomi ſignificationem, iuxta legẽ qui fundum, 105. ff. de verb. ſignif. vel ſaltem vſus: nam ſpatiarj, vſui quodammodo congruit; cenare, habitationi; quod maximè ſuadet lex ſi quis vias, 32. ff. de vſusfructu, & lege competit, 16. §. 1. ibi: *Sed ſi amœnitas ex huiuſmodi arboribus præſtetur; poterit dici, & fructuarij intereſſe propter voluptatem, & geſtationem;* &c. ff. quod ui, aut clam. & ita in noſtra lege vt pomum, quod ſeruitus perſonalis reſultare poſſit, tenuit vetus quidam interpres, quem refert gloſſa prima ibidem, ad finem, & ex ſententia Petri, & Cyni tenet Corraſ. hic, nu. 10. & in Rubr. nu. 28. qui mouetur per text. in l. mela, §. vltimo, ff. de aliment. & cibar. leg. cum ſimilibus in quibus putat dari ſeruitutes perſonales.

5 Verum † refragatur noſter I. c. qui non ſolum dicit, in prædictis exemplis non conſtitui ſeruitutem, ſed nec poſſe, vt ita omnis potẽtia tã in perſonali, quã reali, adempta cenſeatur, vt expreſſit gloſſ. 1. hic in fine; quam ſequitur Bart. & cõmunis hic, gloſſ. & Bart. in d. l. mela, §. vlt. Bald. in Rubr. n. 13. C. de vſuſructu. Cõmunem dicit Cepola de ſeruit. ruſticorum, cap. 4. n. 2. Menoch. 6. remed. retinendæ, nu. 45. ex quibus manet text. iſte ſummè difficilis.

6 Pro cuius † ratione aduerte, ſeruitutes non poſſe ſimpliciter conſtitui ex arbitrio priuatorum, ne facilè contra naturalem libertatem, & liberum commercium, res omnes ſeruæ fiant; Sæpe namque cum tertijs poſſeſſoribus forſan ignorantibus mille quæſtiones excitarentur, vnde ſeruitus odioſa dicitur, l. altius, C. de ſeruitut. latè Alciat. regula 2. præſumpt. 3. & proptereà non præſumitur, Vaſaſc. de iure emphyt. quæſt. vlt. nu. 1. Oroſius, in l. 4. nu. 3. ff. de rerum diuiſ. & magis odioſa, & minus præſumibilis erit realis, quam perſonalis: illa namque ſuaptè natura in perpetuum durat, ſicut & prædia ipſa, præcipuè ruſtica, l. 4. ff. de ſeruitut. l. via, §. ſi fundus, ff. de ſeruit. ruſt. l. 3. ff. quemadmodum ſeruit. amitt. hæc ſuapte natura multifariam finitur, §. finitur, Inſt. de vſuſructu, in princip. Inſt. de vſu & habit. Et hinc prouenit, quod ſtrictè à iure ſeruitutes impoſitæ interpretantur, & in prædiorum, ſiue perſonarum dumtaxat vtilitatem, ita vt inde actualiter, vel potentialiter vtilitas reſultet habito reſpectu ad prædia, vel ad perſonas, vt ſatis probat Pompon. I. c. in l. quoties, nec hominum, ff. de ſeruitut.

7 Vnde † cum pomum decerpere, ſpatiari, & cenare licere, primò & principaliter voluptatem, non verò vtilitatem importent, vel ſecundum ſe, aut in potentia: nihil mirum, qđ in ijs ſeruitus nullatenus imponi nequeat. nam pomum, licet ea inuoluat, quæ referuntur ab eodem I. c. Paulo in lege qui fundum, 205. ff. de verb. ſignific. ſi indefinitè tamen iungatur verbo (*decerpo*,) ius tantum voluptatis inuoluere colligitur: pomum enim decerpere (niſi materia ſubiecta aliud ſuadeat, vt in lege fructus, 45. ff. de vſuris,) ſignificat hinc inde manu ſeligere, & delibare; ſicut verbum, (*carpo*) à quo deriuatur, iuxta illud Terentij in Adelphis, ibi: *Vnum quodque, quod erit belliſſimum, carpam;* &c. quod manifeſtiſſimè innuit Iuris conſultus in noſtra lege pomum, vbi inter voluptuoſa exempla, hoc enumerat. Ex quibus colligitur, quod licentia decerpendi pomum, voluptatem, & non vtilitatem importat, & conſequenter in ea ſeruitus conſtitui nequit. Si tamen prædium alicui tradatur vtendi, fruendi gratia, quod poma fert, cenſebitur conſtitutus vſusfructus: nam tunc licentia decerpendi pomum ex materia ſubiecta, ius fundi reſpicit. Vel ſi talis licentia ad quotidianũ victũ concedatur: quia tunc vſus reſultabit, iuxta princip. Inſtit. de vſu. Nec obſtabit d. l. vt pomum, dũ denegat ſeruitutẽ ſub hac verborũ forma conſtitui poſſe: quia reſpondetur, id verũ eſſe

in

in terminis, in quibus loquitur, prout ſimplicem voluptatem importat. At noſtra limitatio procedit, quando materia ſubiecta, & mens contrahentium ad vtilitatem dirigitur.

8 Deinde † *Spattari*, quis non videt meram voluptatem importare: & licet aliquando ex mala corporis habitudine, ſit vtilis illi, cui conceditur: id tamen in conſideratione non eſt ad effectum conſtituendæ ſeruitutis: tum quia, cum ille ſtatus ſecundum Philoſophos, ac Medicos ſit præternaturalis, & ita ſecundum ſe breui duraturus, iam non poteſt dici vtile perſonæ, qua perſona talis eſt in ſtatu naturali; tũ etiam, quia hæc qualisqualis vtilitas, non reſultaret ex fundo ſeruiente tanquam a cauſa; ſed tamquam occaſione, & per accidẽs; qđ formalitatem ſeruitutis deſtrueres videtur.

9 Tandem, † *cenare in alieno*, non inuoluit habitationem, nec ex ſe aliquam neceſſitatem, aut inde prouenientem vtilitatem habet: quia vel poteſt cenare, vbi prandit: vel ſi diuiſi ſunt iſti actus in locis alienis, ita vtile, cui conceditur, neceſſe habeat cenare in alieno; adhuc ſeruitus reſultare nequit, quia iſta conceſſio ex ſe nullam vtilitatem importat: cum non niſi per reſpectum ad extrinſecam neceſſitatem vtilis eſse poſſit.

10 Maneat † itaque, quod in actibus ad ſimplicem voluptatem pertinentibus ſeruitus imponi non poteſt. Nec iam obſtant, quæ ſupra obiecimus, obijciue poſsunt. Nam in primis opponebatur dicta lex qui fundum, 205. ff. de verb. ſignif. vbi Iuris conſultus multiplicem declarat pomi ſignificationem: & ita qui concedit, pomum decerpere, quodammodo videtur conſtituere vſumfructum, aut ſaltem vſum propter amplam poteſtatem decerpendi ex varijs pomorum generibus. Sed reſpondetur, verum eſse, quod traditur de amplitudine verbi *pomum*; inde tamen neceſſariò non ſequi, factam eſse conſtitutionem vſusfructus, aut vſus, niſi priuatorum conuentio id oſtendat. Vnde cum in noſtra lege vt pomum, in dubio conceſſio decerpendi pomum reſpiciat voluptatem: licet hæc latiſſima ſit, & omnia pomorum genera complectatur; non proinde tamen ſufficiens erit ad conſtitutionem ſeruitutis; quia latitudo voluptatis vtilitatem non producit: ſi autem exceptio pomi, de qua in dicta lege qui fundum, fiat ad modum vſus, tunc reſultabit vſus, vt ſupra tetigimus.

11 Deinde † non obſtat lex ſi quis vnus, 32. ff. de vſufructu: nam omiſsa ſolutione Accurtij ibidem, verbo, quod perſonæ, in fine, & verbo, valet exceptio, in fine, & verbo, vltimo qui putabat in terminis illius text. non reſultare ſeruitutem perſonalem tam reſpectu paſtionis, quam habitationis: quod tamen eſt contra literam, dictę legis ſi quis vnas, ibi: *Valet exceptio, cum ex multis ſaltibus paſtione fructus perciperetur, & habitationis exceptione, ſiue temporalis, ſiue vſque ad mortem eius, qui excepit, vſus videtur exceptus*. & quod reſpectu habitationis vſus reſultet, ſatis inſuper probat princip. Inſtit. de vſu, & habit. & reſpectu paſtionis, vſusfructus ſurgat; vlterius probatur tum ex generali definitione in princip. Inſtit. de vſufructu, tum in terminis ex lege pecoris, ff. de ſeruit. ruſtic. præd. quæ non recipit cauillationem. Vnde aptius reſpondetur, propterea in dicta lege ſi quis vnas, reſultaſſe ſeruitutes perſonales, quia exempla de reſeruata paſtione, & habitatione, directo, & principalter continent vtilitatem, quæ requiritur ad conſtitutionem ſeruitutum. At exempla dictę legis, vt pomum, ſimplicem voluptatem dumtaxat important.

12 Tertio † non obſtat dicta lex competit, 16. §. 1. verſiculo, ſed ſi amœnitas, ff. quod ui aut clam. Quia reſpondetur, non conſtare ex textu, vſumfructum fuiſſe principaliter conſtitutum in amœnitate, nec de eo quæſtio erat, ſed tantum ſupponebatur vera vſusfructus conſtitutio: ſolaque dubitatio erat, an reſpectu arborum infructiferarum, quæ vi, aut clam cæduntur; competat interdictum illud? & regulariter domino tantum competere decidit, vt patet, ibi: *Domino dumtaxat competit interdictum*; &c. Quærit amplius, an idem ſit dicendum reſpectu amœnitatis, & voluptatis, quam fructuarius percipiebat ex dictis arboribus? idem reſpondet: ex regula, quam præmiſerat, ibi: *Si modo eorum intereſt*; &c. & in amœnitate, & voluptate fructuarij intereſſe conſiderat I. c. ad puniendam violentã, aut clandeſtinam arborum cædem, & ad compeſcendam priuatorum malitiam, & audaciam, quæ in Reipub. perturbationẽ tendit. Ex quo colligitur, tantum abeſſe, vt in ſimplici amœnitate, ac voluptate conſtituatur vſusfructus: vt immo in ratione dubitandi contrarium innuat I.c. quaſi in amœnitate nullum ius, & intereſſe reſpectu non domini cõſiderari queat. Vnde pro habilitate terminorum dicto verſ. ſed amœnitas, reſoluendum eſt, in codẽ fundos in quo erant illæ arbores infructiferæ, fuiſſe vtiliter conſtitutũ vſumfructu; & in conſequẽtiam etiam eidem iuri ceſſiſſe arbores infructiferas quoad amœnitatẽ, & voluptatẽ, quod qui dẽ veræ ſeruitutis cõſtitutioni nõ obeſt, cũ illud attendatur, quod princi) ale eſt, iuxta l. 1. verſ. prima .n. ratio, ff. de auct. tut. Obiter colliges intereſſe voluptatis, qñ à iure cõſideret; cuius contrariũ regulare eſt, vt patet ex l. 1. §. ſed ſi rem, verſ. & alias videamus, ff. ſi quid in

Cc 3 fraudem

fraudem patroni. Plura ſimilia cõgerit gloſſa 1. vbi Doctores in noſtra l. vt pomum.

13 Quartò † non obſtat l. hoc iure, in princip. ff. de aqua quotid. ibi: *Vel amœnitatis, aqua duci poſſit*; &c. vbi ſeruitus aquæ ad ſolam voluptatem conſtituitur. Quia reſpondetur, quod illamet aquæ ſeruitus ſaltem in genere ſecundum ſe vtilis eſt: immo, & in illis, in quibus eſt voluptuoſa, poteſt eſſe vtilis, ſi à ducente conuertatur in vſus vtiles: & ſi forſan prædium id non patiatur, ſufficit, quod in genere, & potentia ſecundum ſe vtilitatem importet, modo quo requiritur, iuxta ſupradicta. Nec obſtabit, quod ponum decerpere, vel ſpatiari, aut cenare in alieno, poſſunt eſſe vtilia in genere ſuo: & tamen noſtra l. vt pomum, denegat tunc ſeruitutem reſultare poſſe; quia reſpondetur, hos actus, quatenus voluptatis cauſa cõceduntur, vtiles ſecundum ſe eſſe nequire; at aquæ ſeruitus, licet ad voluptatem conſtituatur, etiam tunc ſecundum ſe vtilis eſſe poteſt, ſi ad vtilia deducatur: & ita voluptatem, & vtilitatem ſimul, & æquè principaliter producere valet.

Secundum quæ cõciliatur obiter Pompon. in l. quoties nec hominum, cum Labeone in l. ei fundo, ff. de ſeruitutibus, quatenus ille ſine vtilitate infieiatur, hic vero concedit, ſeruitutem imponi poſſe, vt videlicet Pomponius regulam ponat: Labeo verò declaret, vtilitatem in genere ſufficere ad impoſitionem ſeruitutis; ſi videlicet res illa ſemper ſecundum ſe vtilis eſſe poteſt, vt apparet in exemplo aquæ, quod ſubiungit, & ex iis, quæ proximè notauimus.

14 Denique † non obſtat d. l. mela, §. vlt. ff. de alimentis, & cibar. leg. vbi valet fideicommiſſum aquæ: Nam in primis reſpondetur, ibidem non conſtitui ſeruitutem, ſed obligationem perſonalem, vt patet ibi: *Vt ſic in fideicommiſſo, quanto quis aquam ſibi eſſet comparaturus*; &c. Quibus verbis clarè oſtenditur, ſolam competere actionem ex teſtamento Bart. ibidem, nu. 1. & reliqui. Quod vt manifeſtius fiat, & litera iſtius text. non ſat bene aliàs intellecti eluceat, aduerte multas eſſe ſeruitutes perſonales, quæ requirunt vicinum prædium eius, cui debentur, vt variè exemplificat, & probat I.c. in l. ergo, ff. de ſeruitut. ruſtic. pręd. vt ecce, hauſtus aquę, pecoris ad aquam appulſus, & ſimiles; quod pro ratione dubitandi affert Vlp. in d. §. vlt. ibi: *Nec videri inutile eſſe fideicommiſſum, quaſi ſeruitute prædij, non poſſeſſori vicinæ poſſeſſionis relicta: nam hauſtus aquæ, vt pecoris ad aquam appulſus, eſt ſeruitus perſonæ tamen ei, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur*; &c. quaſi ſcilicet, ſicut in prædictis ſeruitutibus perſonalibus requiritur vicinum prædium eius, cui debentur; ita & in aqua videbatur ibidem per fideicommiſſum relicta. Cui obiectioni eleganter, ac laconicè reſpondet ibi: *Hæc enim aqua perſonæ relinquitur*; hoc eſt, licet prædicta exempla ſeruitutem contineant perſonalem, vtilitatem tamen im important, non reſpectu perſonæ, ſed reſpectu rei, vt eleganter innuit gloſ. ibidem, verbo, relicta. At aqua, quæ per fideicommiſſum ibi relinquebatur, ſoli perſonæ, & per reſpectum dumtaxat ad perſonam relinquebatur, cum ad bibendum venalis eſſet, vt text. ibidem ponit, & l. 1. ſupra eodem tit. & ita non ſeruitus perſonalis, ſed potius obligatio perſonalis reſultat orta à fideicommiſſo.

15 Deinde † non dubito quin, etiamſi fideicõmiſſarius, de quo ibi, prædium vicinum non haberet, vſus aquæ dari, aut relinqui ei poſſit, prout veram perſonalem ſeruitutem conſtituit, cum ex ſe vtilitatem perſonæ contineat, præſertim in regione Africæ, & Aegypti, & ſimilibus, vbi aqua venalis eſt, vt inquit d. §. vlt. & d. l. 1. quam reſolutionem comprobat apertè l. vſus aquæ, ff. de vſu, & habit, qui quidem vſus aquæ differt ab hauſtu aquæ, de quo d. l. ergo, ff. de ſeruitut. ruſtic. & d. l. mela, §. vlt. nam ſolum tendit in perſonæ indigentiã, iuxta d. l. 1. ff. alimentis, ibi: *Si alimenta fuerint legata, dici poteſt, etiam aquam legato ineſſe*; &c. vbi Bart. nu. 1.

16 Illudque † diſcriminis eſſe puto inter vſum aquæ, de quo in d. l. vſus aquæ, & fideicommiſſum aquæ, de quo in in d. l. mela, §. vlt. nam licet vtrumque ſit perſonæ ſimpliciter relictum, ſub illo continentur vxor, & liberi eius, cui vſus aquæ relinquitur, & ceteræ perſonæ, quæ enumerantur in §. item is, Inſt. de vſu & habit. At ſub fideicommiſſo d. §. vlt. ſola continetur perſona fideicommiſſarij, nec vltra egreditur, id enim tantum concedit diſpoſitio teſtatoris.

17 Ex quibus † hucuſque diſcuſſis, apparet veritas noſtræ interpretationis ad noſtram l. vt pomum, vt videlicet in relatis exemplis non verſetur realis, aut perſonalis ſeruitus, ſed tantum quædam obligatio perſonalis, vt innuit ibidem gloſſ. 1. in fine, quam Doctores communiter ſequuntur, & iuuat d. l. mela, §. vlt. vt ſupra proximè fuimus interpretati.

SVMMARIVM.

Agitur latè de intellectu l. qui duo, ff. de ſeruit. ruſtic. à nu. 1.

Explicatur l. ſi fundum ſub conditione, 81. §. qui fundum, ff. de legatis 1. nu. 2. & 4.

Vtilitas ſuperficiei inducit ſpeciem ſeruitutis. d. numero 2.

Super-

Superficianũ nullum dominium habere, contra plures obiter defenditur. ibidem.

Obiter notatur differentia inter ſuperficiarium, & fructuarium, ſiue vſuarium, ibidem, ad fin.

Aqua eius eſt, in cuius ſolo emergit, nu. 3.

Qui in venditione fundi aquam excipit, in dubio ſeruitutem videtur excipere. nu. 4.

Qui à legato fundi ædificium excipit, dominium ædificij videtur excipere, & ſimul aream. ibidem.

Area eſt ædificij pars maxima. ibidem.

Quando locus alicui ſeruit, totum ſpatium, quod accedit, ad vſum ſeruitutis, ſub iure tantum ſeruitutis accedit, non dominij. num. 5. & ampliatur num. 6.

Explicatur l. loci corpus, in princip. ff. ſi ſeruitus vendic. 4. nu. 5.

Quæ ſit viæ latitudo. nu. 7.

Explicatur l. viæ latitudo, ff. de ſeruit. ruſtic. ibidem.

Agitur de intellectu l. nam ſatis, 5. §. certè, ff. quemadmod. ſeruit. amitt. à nu. 8.

Si contrahentes latitudinem loci ſeruientis arctent, & partem fundi ſciſſam liberent; an reliqua pars maneat ſerua ſub ea ſpecie ſeruitutis, quæ manenti dimenſioni conuenit? proponitur pars negatiua cum Connano, contra quem affirmatiua amplexatur. à nu. 10.

Obiter reijcitur quædam Accurtij interpretatio ad d. §. certe, nu. 9.

Explicatur l. ſi tam anguſti, 13. ff. de ſeruitutibus. num. 10.

Si anguſti loci latitudo augeatur à partibus, eo ipſo videtur noua conſtituta ſeruitus, quæ aucta latitudini conuenit. ibidem.

Explicatur d. l. nam ſatis, §. ſi verò per latitudinem, verſ. poſſunt. nu. 11.

Quando valeat argumentum ab excluſione unius ad incluſionem alterius. nu. 12.

Explicatur obiter l. is qui uſumfructum, ff. quibus modis uſusfructus amitt. & l. ſi eo, 9. §. ult. ff. ſi ſeruit. uendic. & l. 2. ff. quemadm. ſeruitutes amitt. nu. 15.

Qui utitur minore parte ſeruitutis, totam conſeruat, dummodò ſciat ſibi totam competere. ibidem.

CAPVT XII.

Ad I. c. Paul. in l. qui duo, 30. ff. de ſeruit. ruſtic. & ad Celſum in l. nam ſatis, 5. §. certè, ff. quemadmod. ſeruitutes amittantur.

1 IVl. Paullus † lib. 4. Epitomatorum Alfeni, ita ſcribit in d. l. qui duo: *Qui duo prædia habebat, in unius uenditione, aquam, quæ in fundo naſcebatur, & circa eam aquam latè decem pedes exceperat, quæſitum eſt, utrum dominium loci ad eum pertineat: an ut per eum locum accedere poſſit? reſpondi, ſi ita excepiſſet, circa eam aquam latè decem pedes, iter dumtaxat uideri uenditoris eſſe.*

De duobus hic dubitari pōt, quæ à Doctoribus non ſat intellecta, aut explicata ſunt. Primum, cur ſpatium illud decem pedum, quoad dominium non expiciatur, vt aliàs in ſimili deciditur in l. ſi fundum ſub conditione, 81. §. qui fundum, ff. de legatis 1.

Deinde, cur iter hic, & non via videatur excepta, propter l. viæ latitudo, ff. de ſeruit. ruſtic. ibi: *Viæ latitudo ex lege 12. tabul. in porrectum octo pedes habet*; &c. Præſertim, quia non expreſſa ſpecie ſeruitutis, ea tunc cenſetur conſtituta, cui competit quantitas, & dimenſio expreſſa, vt deciditur in l. ſi tam anguſti, 13. ff. de ſeruit. vbi communiter notant Doctores.

2 Quod attinet † ad primum quæſitum, opinatur gloſſa, verbo, cogitaſſe, in d. l. ſi fundum ſub conditione, 81. §. qui fundum, ff. de legatis 1. quod in noſtra l. qui duo, in venditione ſeruitus tantum aquæ fuerat excepta: & conſequenter ſpatium illud decem pedum, quod poſtea excipitur, iure ſeruitutis debeatur, quaſi acceſſorium, gloſſam ſequitur Dinus, & Imola ibidem, Bart. in noſtra l. qui duo, & eſt vbique receptum.

Hæc tamen interpretatio non aperit, cur aqua quoad dominium ratione ſoli non fuerit excepta: & ita ei opponitur Iulianus, in d. l. ſi fundum ſub conditione, §. qui fundum, vbi legato fundo, ſi excipiatur ædificium, decidit I. c. ædificium, & ſolum, cui inhæret, exceptum videri: apertè innuens, dominium ædificij, & ſoli penes hæredem manſurum, cum tamen potuiſſet interpretari, ſolam ſuperficiē exceptam videri, vt ibidem ponit I. c. quæ quidem ſpeciem ſeruitutis conſtituit, vt oſtendit I. c. in l. 1. §. quod autem & in rem, ff. de ſuperficiebus, ibi: *Et quaſi uſumfructum, ſiue uſum quendam ineſſe*; &c. Nam ſuperficiarius dominium nullum habet in ſuperficio, ſiue ædificio, vt apertè docet text. in l. vlt. ff. de ſuperficiebus, ibi; *Quorum proprietas & ciuili, & naturali iure, eius eſt, cuius eſt ſolum.* Et eleganter Iulianus, in d. §. qui fundum, ibi: *Si de ſola ſuperficie exceperit, nihilominus iure legati totus fundus uindicabitur: ſed exceptione doli mali*; &c. vbi legato fundo, excepta ſola ſuperficie, adhuc totus fundus cum ſuperficie a legatario peti poteſt: quia iure ſoli, cuius dominium legatarius acquirit, etiam dominus ſuperficiei fit, §. ex diuerſo, Inſt. de rerum diuiſ. quamuis gloſſa, prope finem, in l. 3. ff. de ſeruitut. vtile dominium ſuperficiario tribuat. Idem tradit

Bart.

Bart. in l. t. §. 1. ante nu. 1. & in l. vlt. ff. de ſuperficiebus, quem refert, & ſequitur Vallaſcus Luſitanus I.c. in tract. de iure Emphyt. quęſt. 33. nu. 2. nam ratio naturalis, & ciuilis, quam I.c. conſiderat in d. l. vlt. & in d. §. qui ſundum, nullum omninò dominium in ſuperficiario ſupponit, vt àliàs tetigit Franciſc. Connan. lib. 7. Comment. iuris, cap. 12. num. 3. non tamen dicitur ſimplex fructuarius, aut vſuarius, ſed quaſi, vt ait d. l. 1. §. quod autem, & in rem, ff. de ſuperficiebus; quia licet ſuperficie, quam in ſolo conducto exſtruit (ſic namque ſuperficiarius contractus ſit, vt inquit l. vlt. ff. de ſuperficiebus) vt re aliena vtatur: tamen poteſt ad libitum vti, frui, & quomodolibet mutando ædificij faciem, inſuper, & deſtruendo: eū & eidem liceat auferre meliorationes finito tempore ſui contractus. Alciat. in l bonorū, 49. ſuper verbo, ſuperficiaria, ff. de verb. ſignific. latè ex multis comprobat Vallaſc. vbi ſupra, nu. 11.

3 Ex † quibus colligitur, quod ſicut in noſtra l. qui duo, interpretamur, exceptionem aquæ reſpicere dumtaxat ſeruitutem: ita etiam in d. l. ſi fundum ſub conditione, §. qui fundum, exceptionem ædificij debere intelligi de ſola ſuperficie, prout ſpeciem ſeruitutis refert, vel è conuerſo, ſicut in d. §. qui fundum, dominium loci exceptum eſt, ita & in noſtra l. qui duo.

Eo maximè, quia etiam reſpectu aquæ exceptæ, de qua in noſtra l. qui duo, poterat dominium conſiderari; cum aqua eius ſit, in cuius ſolo emergit; ſicut ædificium eius ſit, cuius ſolo imponitur. De aqua probat l. Proculus, ff. de damno infecto. l. ſi in meo, ff. de aqua pluuia arcenda. Bald. in l. cum omnes, verſ. pone ex publico, extra, de conſtit. Alex. in conſ. 108. In cauſa & lite, in princip. lib 2. latè Decius, conſ. 373. a nu. 2.

4 His † tamen non obſtantibus, ſuprapoſita communis interpretatio ſuſtineri debet, & pro ea breuiter aduerte, quod ille, qui aquam excipit in venditione fundi, ipſi fundo aquam in dubio non adimit; quia hoc plurimum fundo nocet: nec adimere aliquando poteſt, quādo naturaliter fluit: vnde in dubio tale quid præſumendum non eſt: & ita prædicta aquæ exceptio ius tantum ſeruitutis reſpicit. Per contrarium, qui in venditione fundi ædificium excipit, ſiue ſuperficiem tunc intelligamus, ſiue plenum ius ſoli, ſemper illud ædificium ab vſu, & commoditate fundi, ſecernitur, vt inquit d. l. ſi fundum ſub conditione, §. qui ſundum, ibi: *Sed exceptione doli mali poſita, conſequetur hæres id, ut ſibi habitare in uilla liceat*; &c. Atque ita cum parum differat à pleno iure dominij, interpretatur I.c. in d. §. qui ſundum, ædificium cenſeri exceptum cum ſolo, ſine quo ſtare nequit: præſertim, quia ædificij pars, & quidem maxima eſt ipſa area, ſiue ſolum, l. qui res, §. aream, verſ. pars enim, ff. de ſolutionibus. Atque ita, qui legat ædificium, totum legare creditur ex quo componitur; vt à fortiori comprobat l. Mæuius, 66. §. ſundo, verſ. vſusfructus enim, ff. de legatis 2. §. ſi cui ſundus, Inſt. de legatis; quorum interpretationem alibi Deo duce feliciter proponemus, & ſuadet d. §. qui fundum, in fine, ibi: *Sine quo ædificium ſtare non poteſt*; &c.

5 Aduerte † deinde, quod quando alicui locus quiſpiam ſeruit, ſpatium ambiens, vel circumpoſitum, nunquam in dubio iure dominij debetur: ne videlicet melioris conditionis ſit id, quod accedit, quam quod principaliter excipitur; eleganter docet Vlp. in l. loci corpus, ff. ſi ſeruitus vendicetur, vbi inquit: *Loci corpus non eſt dominu ipſius, cui ſeruitus debetur: ſed ius eundi habet*; Quaſi dicat, loci ſeruientis corpus (hoc eſt, totum illud ſpatium, quod cōponit, & perficit locum ſeruientem, ſicut in corpore membra) non pertinet ad dominium eius, qui ſeruitutem loci habet, patietur tamē ius itineris, ne ſeruitus principalis inutilis permaneat; immò, & aliquando, actum, prout principalis ſeruitus excepta popoſcerit, vt inquit I.c. in d. §. qui ſundum, ibi: *In quo ineris, ut iter quoque, & actum in ea habeat*; &c.

6 Quod amplia † vt etiamſi expreſſim excipiatur corpus illud, ſiue ſpatium adiacens, adhuc non iure dominij, ſed ſeruitutis exceptum cenſeatur, ex ſupra proxima ratione: quia peculiaris exceptio prædicti ſpatij nō facit, quominus id acceſſionis vice non debeatur ex mēte partium, quod peculiariter docuit I.c. in noſtra l. qui duo, ibi: *Reſpondi, ſi ita excepiſſet circa eam aquam latè decem pedes, iter dumtaxat uideri uenditoris eſſe*. Quaſi velit, ſi mens partium eſt, excipere ſpatium aliquod circa locum ſeruitutis, tale ſpatium non iure dominij, ſed ſeruitutis ad excipientem pertinebit.

7 Tranſeamus † ad ſecundum quæſitum, cur videlicet I. c. dicat ſub dimenſione decem pedum circa aquam, iter videri exceptum, & nō viam? cui obſtat d. l. uiæ latitudo, ff. eodem tit. Reſpondeo I. c. in relatis uerbis non inſtitiſſe in demonſtranda hac; uel illa ſeruitutis ſpecie excepta: ſed potius totum eſſe in oſtendendo, propoſitam ibidem exceptionem, non iure dominij, ſed ſeruitutis fieri, vt ni fallor, ſentit gloſs. ultima ibidem, dum ita interpretatur: *Iter dumtaxat, non dominium*; &c. & cum regulariter, qui excipit aquam, ſolum iter excipiat; ut uidelicet ſeruitute utatur: merito inquit text. noſter, iter tantum cenſeri exceptum. Nec officit mentio decem pedum; quia non operatur circa latitudinem itineris

(nec

Digitized by Google

(nec enim reſoluit I. c. iter manere ſub tali dimenſione) ſed immò ſupponit, manere ſeruitutem itineris ad dictam aquam ſub debita dimenſione: inſimul latitudinem decem pedum circa aquam: quæ quidem latitudo circa aquam, non eſt itineris (prout conſtituit ſeruitutem) ſed acceſſus, patet ibi: *An, ut per eum locum accedere poſſit?* &c. vt videlicet ſpatio decem pedum in circuitum poſſit ad aquam accedi: nam & latitudo viæ non erat decem pedum, ſed octo in porrectum, ſedecim in anfractum, d. l. viæ latitudo. Tunc autem ex varia latitudine oſtendetur varietas ſeruitutum, quando ipſa latitudo, & dimenſio conſideratur vel in porrectum, vel in anfractum, dum tenditur in locum ſeruientem; non verò circa locum: quia hæc potius ad commodiorem vſum ſeruitutis, quam ad diuerſificandam ſeruitutis ſpeciem aſſumitur: præcipuè, quia latitudo, de qua in d. l. viæ, tunc oſtendit viam, quando aliud à partibus expreſſum non eſt: nam illa vel anguſtior vel amplior fieri poteſt, vt explicat I. c. in l. nam ſatis, 5. §. certe, & ibi gloſſ. verbo, lege, ff. quemadmodum ſeruitutes amitt. de qua infra proximè latius agendum eſt.

Ad I. c. Celſum, in l. nam ſatis, §. certe, ff. quemadmod. ſeruit. &c.

8 VBi ſcribit. † *Certè, ſi is cui ſeruitus debebatur, alterum ex ea diuiſione fundum redemerit; non ideo minus ea re fundi alterius ſeruitus permanebit, nec uideo, quid abſurdi conſecuturum ſit eam ſententiam, fundo altero manente ſeruo: ſi modo, & ab initio potuit anguſtior conſtitui uia; quam lege finita eſt: & adhuc id loci ſupereſt in eo fundo, cui remiſſa ſeruitus non eſt: ut ſufficiat uia, quod ſi minus loci ſupereſt, quam uia ſufficiat: uterque fundus liberabitur: alter propter redemptionem, alter, quia per eum locum, qui ſupereſt, uia conſtitui non poteſt.*

Quærit Celſus, ſi ſeruitus viæ alicui debeatur in certo fundo, & pars fundi redimatur ab eo, cui ſeruiebat; diuidaturque per latitudinem viæ: an expiret ſeruitus viæ? cui ſub diſtinctione ſatisfacit, & in verſ. quod ſi minus, indiſtinctè decidit, ſeruitutem omnino extingui, cuius argumento reſoluit Franciſc. Connan. lib. 4. Comment. iuris, cap. 12. nu. 2. quod ſi partes dimenſionem, & latitudinem loci ſeruientis arctent, v. g. ſcindendo fundum per latitudinem ſeruitutis, & partem fundi ſciſſam liberent: in dubio fundum omnem liberari: nec reſtare eam ſeruitutem, quæ conuenit dimenſioni, & latitudini manenti: quod ſi partes id velint, oportere, vt id exprimant.

Regulæ autem in contrarium obiectæ ex l. ſi tam anguſti, 13. ff. de ſeruitutibus, quæ eam ſeruitutem in dubio conſtitutam aſſerit, cui dimenſio, & latitudo loci conuenit. Reſpondet Connan. vbi proximè, vt ſcilicet intelligatur de ſeruitute nondum conſtituta.

9 Ceterum, Connnani † opinio videtur oppugnari ab Accurt. in noſtro §. certe, verbo, liberabitur, dum reſoluit, fundum, qui non fuit redemptus in terminis d. text. liberari dumtaxat, quoad commodum viæ, de qua ibi agebatur.

Accurtij tamen interpretatio ad noſtrum text. ſuſtineri nequit, in primis, propter Rubricã, ſub qua collocatur, quæ de amittenda ſeruitute inſcribitur, præcipuè, & magis in ſpecie ex verbis I. c. in d. verſ. quod ſi minus, vbi vtrumq; fundum effectualiter liberari docet: non autem diceretur liberatus vterque fundus, ſi adhuc in alterutro quælibet ſeruitutis ſpecies remaneret.

10 Nihilominus † ex mente Accurtij, opinor in terminis propoſitæ quæſtionis (quam ſupra relatus Connanus excitauit, & reſoluit) in dubio manere ſeruitutem, quæ accommodatur, & conuenit dimenſioni, & latitudini, quæ ex priſtina ſeruitute remanſit in fundo non liberato.

Et moueor in primis ex generalitate d. l. ſi tam anguſti, quæ æquè militat, conſtituta iã ſeruitute, vel conſtituenda: nam quando partes ſeruitutis iam conſtitutæ latitudinem reſtringunt, videntur principaliter recedere ab antiqua conſtitutione: & cum non ſimpliciter, & in ſolidum remittant, in neceſſariam conſequentiam tacite videntur agere de noua conſtituenda: & ita ſuccedet regula d. l. ſi tam anguſti, (quamuis illam cum Connano ſupra relato, in terminis tantum conſtituendæ ſeruitutis locum ſortiri reſoluamus) ſicut è conuerſo, ſi anguſti loci ſeruientis dimenſio, & latitudo augeatur ex conuentione partium; eo ipſo cenſeri de nouo conſtitutam eam ſeruitutẽ, quæ auctæ dimenſioni conuenit, nemo inficiabitur: quaſi ab antiqua omninò receſſum fuerit.

11 Deinde id † comprobo ex noſtro textu, in §. ſi verò per latitudinem, ibi: *Poſſunt tamen alterutrum fundum liberare, ſi modo hoc ſpecialiter conuenit;* &c. vbi fundo ſeruiente diuiſo per latitudinem viæ, propter vſum partis diuiſæ vniuerſum ſeruitutis ius retineri decidit I. c. quia indiuiduum eſt: tunc autem alterutrum fundum liberari, ſi hoc ſpecialiter conuenerit, cum ergo ad liberandum vnum requirat ſpecialem conuentionem; non ita, vt alter ſer

uus

uus maneat: rectè ſequitur, in dubio partes per ſpecialem liberationem latitudini ſeruitutis aliquid detrahendo, tacitè conuenire de remanſura ſeruitute, quæ ſuperſtiti dimenſioni conuenit.

12 Et certè de † mente partium dubitare non licet: cum æque principaliter tam agant de remittenda, quam de conſeruanda ſeruitute, modo, quo potuerint, ſolaque differentia eſt, quod in remiſſione datur expreſſa conuentio: tacita verò in conſeruatione: vtruſque tamẽ par robur eſt, iuxta vulgarem regulam l. cum quid, ff. ſi cert. per. præcipuè, quia excluſio partis à toto manifeſtam continet conſeruationem eius, quod non excluditur, argumento l. cum prætor, in princip. ff. de iudiciis, quę in his terminis militat: aliàs ab excluſione vnius non rectè argueretur ad incluſionem alterius, vt notat Decius, conſ. 11. nu. 18.

13 Reſtat modo † obiecta diluere; & in primis pro ſolutione text. noſtri in d. §. certe, verſ. quod ſi minus loci, facienda eſt longa differentia inter caſum, quo partes agunt de liberando alterutro fundo à diuiſa ſeruitutis latitudine, & caſum, in quo habens ſeruitutem in vtroque ſimul, alterum emit, ſic diuidendo latitudinem antiquæ ſeruitutis.

In primo caſu procedit noſtra reſolutio, & text. noſter in d. §. ſi verò per latitudinem, verſ. poſſunt, & d. l. ſi tam anguſti, quaſi peculiaris liberatio à certa parte ſeruitutis, tacitè arguat conſeruationem cuiuſque ſeruitutis in fundo non liberato, quod pro cauto haberi debet.

14 In ſecundò † verò caſu procedit text. noſter, in verſ. quod ſi minus loci: nam ille, qui alterum fundum emit, nihil facit, ex quo colligatur particularis partium voluntas circa retentionem cuiuſuis ſeruitutis in latitudine remanente. Etenim dum ſimpliciter emit, nil aliud velle præſumitur, quam priſtinã ſeruitutem retinere, ſi poteſt, quod cum fieri nequeat propter repugnantiam iuris, ſibi imputet, quod prius non cauit de ſpecie ſeruitutis, quæ in altero fundo manere poterat. Atque ita in his terminis ſeruitus in totum peribit, quia vt talis pro parte ſuſtineri non poterat: & circa poſſibilem, nihil tacitum à partibus colligitur.

15 Tandem † non obſtat l. is qui vſumfructũ, ff. quibus modis vſusfr. amitt. l. ſi eo, 9. §. vlt. ff. ſi ſeruitus vendic. l. 2. ff. quemadmod. ſeruitut. amitt. vbi quando quis minore parte ſeruitutis, vel diuerſo modo vtitur; non propterea ſeruitus immutatur; quaſi ſemel conſtituta, vel in totum debeat corruere, vel in totum ſuſtineri: nam omiſſa inſulſa conciliatione gloſſę, verbo, liberabitur, in noſtro §. certe, reſpondetur, propterea in dictis iuribus non immutari ſeruitutem ex diuerſitate vtendi, quia cum indiuiduum ſit ius ſeruitutis, tunc modus vtendi, vt qualitas, nihil valet immutare, præcipuè, quia vt aiunt præcitata iura, qui tali modo vtitur, non facit actum amittendi, ſed potius conſeruandi ſeruitutem (ſeruata tamẽ diſtinctione d. l. is qui vſumfructum.) at qui liberat partem dumtaxat fundi, facit actum amittendi in parte liberata; & in alia fundi parte eam nititur ſeruitutis ſpeciem conſeruare, quæ apta eſt latitudini manenti iuxta ſupradicta.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu §. an ſeruo, Inſt. de legatis, à nu. 1. per totum, & præcipuè, à nu. 5.

Si ſerui optione legata, aliquid Sticho ſeruo proprio ſine libertate legetur, inſtituto hærede extraneo, & minuta familia ſeruorum reciderit in ſolum illum Stichum; ad legatarium optionis pertinebit & Stichus, & id quod Sticho relictum eſt. nu. 1. de quo latius, à nu. 16.

Regula Catoniana quid diſpoſuerit, & quando locum habeat nu. 3.

Quando inſtituto hærede voluntario locum habeat Catoniana. nu. 4.

Calumnioſa dilatio adeundi non prodeſt hæredi. nu. 5. & nu. præced.

Si inſtituatur hæres, & eius ſeruo purè legetur; legatum inutile eſt. d. nu. 5.

Si ſcribatur hæres ſeruus alienus, & eius domino etiã purè legetur, valet legatum. nu. 6.

Serui inſtituti voluntas in adeunda hæreditate omninò requiritur. ibidem.

Si quis hæres ſcribatur ſub conditione, & eiuſdem ſeruo purè legetur, non eſt inutile legatum. nu. 7.

Si duo voluntarij hæredes ſcribantur, & vnius ſeruo purè aliquid legetur, valet legatum pro parte cohæredis. nu. 8.

Legatum relictum ſeruo eius, qui hæres ſcribitur, toties, & in tantum valet, quoties, & in quantum valeret eidem hæredi domino relictum. ibidem.

Noſter §. an ſeruo, in princip. vt ſimpliciter procedat, requirit, vt dominus ſerui legatarij ſcribatur hæres ex aſſe. ibidem.

Legatum etiam purè relictum ſeruo eius, qui cohæres ſcribitur in eodem teſtamento, vel primo loco inſtituitur, & poſtea repudiat, valet in ſolidum. num. 9.

Cohæredi repudianti hæreditatem, id quod prælegatum ei eſt, in ſolidum debetur. ibidem.

Regula Catoniana ceſſat quoties termini variantur, ſub quibus antea legatum inutile erat. nu. 10.

Explicatur l. filio, 87. ff. de legatis 1. num. 11. & ſeq.

Suus

Suus hæres propter ius abſtenſionis manet voluntarius. ibidem.

Si purè legetur ſeruo ſui hæredis ſcripti, abſtinente ſuo hærede, ſuſtinetur legatum.d.nu.11.& declara. nu.12.

Noſter §. an ſeruo, non procedit, quando dantur coniecturæ, quod ſeruo reſeruetur legatum in tempus, quo ſui iuris fuerit. nu.13.

Inutiliter legatur filiofamil. quando pater eſt hæres inſtitutus in eodem teſtamento.nu.14.quod declaratur nu.15.

Explicatur l. cum legato, 17. ff. quando dies leg. & l. à filio, 25. ff. de legatis 1. d.nu.14.

Explicatur l. quæſitum, 91. in princip. ff. de legatis 1. num.15.

Latè explicatur l. ſi optio, 13. ff. de optione legata, à nu. 16. & verſ. quod ſi neceſſarius, in eadem l. explicatur à nu. 20.

Explicatur d. l. quæſitum, §. 1. ex ijs, quæ traduntur à nu. 16.

Optio, & electio ceſſat, quando res, ex quibus facienda erat electio, ad vnam rediguntur. d. numero 16.

Explicatur l. ſeruo ſine, 15. ff. de optione leg. numero 18.

Legata optione, ſi electio à legatario fit, id à teſtatore ſpecialiter cenſetur legatum, quod eligitur. ibidem.

Optio legata non poteſt exerceri niſi adita hæreditate. ibidem.

Explicatur d.l. quæſitum, §. 1. ibi: Neceſſario autem ex aſſe ſcripto. *ff. de legatis 1. numero 20.*

Explicatur mens d. l. ſi optio, verſ. quod ſi neceſſarius, & d. l. quæſitum. §. 1. verſ. neceſſaro, dum neceſſarij hæredi meminere. nu. 22.

Explicatur l. Iulianus. 86. §. ult. ff. de legatis 1. numero 23.

CAPVT XIII.

Ad Cæſarem, in §. an ſeruo, Inſt. de legatis.

1 SCribit Iuſtinianus; † *An ſeruo hæredis rectè legemus, quæritur? & conſtat purè inutiliter legari: nec quicquam proficere, ſi viuo teſtatore de poteſtate hæredis exierit: quia quod inutile foret legatum, ſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet teſtator; hoc non debet ideo valere, quia diutius teſtator vixerit*; &c.

Huic Cæſareo documento fortiter obſtat, quod hæres extraneus, quando inſtituitur, poteſt quandocunque adire, & conſequenter interim manumittere, vel alienare ſeruum, cui purè legatum erat; atque ita non debebat ex regula Catoniana hoc legatum inutile eſſe, quod mirabiliter comprobo ex I.c. Paul. in l. ſi optio, 13. ff. de optione legata, vbi ita inquit: *Si optio ſerui data mihi fuerit; & Sticho aliquid teſtator ſine libertate legaſſet, tunc ſequens legatũ conſiſtit, cum tota familia ad unum, id eſt, Stichũ reciderit: ut quaſi purè legato vtiliter ſit legatum. Nec aduerſatur Catoniana, ſi voluntarius hæres inſtitutus ſit: quia poteſt ante aditam hæreditatẽ, etiamſi ſtatim deceſſerit, familia minui. Quod ſi neceſſarius hæres inſtitutus ſit, ſequens legatum propter Catonianam inutile eſt*. &c. Ex quo textu colligitur, quod ad effectum, vt habeat, vel non habeat locum regula Catoniana, ſolũ attenditur, quiſnam hæres ſit inſtitutus, neceſſarius ne, an voluntarius: quaſi extraneo inſtituto, legatum valeat, ſi ante aditam hæreditatem habilitas poſſit contingere, ergo contra Imp.

2 Deinde pro † eadem parte refragatur Iulianus, in l. quæſitum, 91. §. 1. ff. de legatis 1. vbi ita ſcribit; *Cum verò libertas ſub conditione data fuerit; aliàs vtiliter, aliàs inutiliter, purè legabitur: nam ſi ea conditio libertatis fuerit, vt patrefam. ſtatim mortuo poſſit ante aditam hæreditatem exiſtere conditio: veluti, Stichus ſi decem Titio dederit, uel Capitolium aſcẽderit, liber eſto; vtile legatum eſt. Huiuſmodi autem conditiones, ſi hæredi decem dederit; ſi poſt aditam hæreditatem, Capitolium aſcenderit; inutile legatum efficiunt. Neceſſariò autem ex aſſe hærede ſcripto, etiam hæ conditiones, quæ ante aditam hæreditatẽ impleri poſſunt, inutile legatum efficient*; &c. Cõcordat Marcianus in l. Iulianus, 86. §. vlt. ff. de condit. & demonſtr. Ex quibus conſtat, inſtituto hærede extraneo, non habere locum Catonianam propter dilationem aditionis: Catoniana autem ea in poſterum annullat, quæ ſi ſtatim moreretur teſtator, inutilia eſſent, l. 1. ff. de regula Catoniana. & Imp. in præſenti. Ergo cum in noſtro §. an ſeruo, ante aditam hæreditatem ſeruus poſſit alienari, aut manumitti, rectè illi legatum eſt: tuncque euaneſcet legatum, ſi in poteſtate hæredis manſerit, iuxta verſ. vlt. noſtri §. an ſeruo.

3 Pro reſolutione † harum difficultatem aduerte, Regulam Catonianam illas dumtaxat teſtamentarias diſpoſitiones inutiles omninò reddidiſſe, quæ ſi teſtamenti facti tempore deceſſiſſet teſtator, non valerent, tradit I.c. Celſus, in l. 1. ff. de regula Catoniana. Paul. in l. cetera, §. tractari, ff. de legatis 1. idem Paulus, in l. quod ab initio, 30. ff. de regulis iuris.

Illud autem dicitur non valere tempore facti teſtamenti, ſi tũc teſtator moreretur, quod ſimpli-

ſimpliciter nõ tenet ex diſpoſitione iuris; quia ſcilicet ſtatim dies cederet: vt ecce, ſi ſuus, vel neceſſarius exiſtit, qui ipſo iure, & velint nolint, fiunt hæredes, l. in ſuis, ff. de ſuis & legitim. §. 1. & §. neceſſarij, Inſt. de hæred. qualit. & differ. & in terminis Catonianæ probat d. l. ſi optio, ff. de opt. legata, d. l. quæſitum, §. 1. ff. de legatis 1. & d l. Iulianus, §. vlt. ad finem, ff. de cond. & demonſtr. nam eo ipſo, quo teſtator moritur, ſtatim teſtamentum per exiſtentiam ſui, & neceſſarij hæredis ratum eſt, de quo late egimus lib. 1. cap. 13. & quod tunc validum non eſt, ſed inutile, ſolo tẽporis tractu conualeſcere nõ debet.

4 Ex eadem † iuris diſpoſitione, aliquando etiam locum habet Catoniana regula, quamuis hæres extraneus ſit inſtitutus (quo caſu regulariter illa ceſſabat, cum diſpoſitio ſuſpendatur vſque ad actualem eius aditionem) ne ex malitia ſua commodum reportet differendo aditionem, cum ſtatim mortuo teſtatore nuda voluntate poſſit hæreditatem adire, §. vlt. Inſt. de hæred. qualit. vt in ſimili docet Vlp. in l. hæredis aditio, 7. in princip. ff. quando dies legati, & quod ita debeat declarari Catoniana, tradit Franciſc. Connan. lib. 10. Comment. iuris, cap. 5. nu. vlt.

5 Quibus ſic † breuiter præhabitis, iam patet intellectus ad noſtrum §. an ſeruo, & conciliatio ad ſupra obiecta iura: nam propterea Imp. hic dicit ex Catoniana non valere legatum purè relictum ſeruo hæredis etiam extranei, quia præſumptione iuris, ſi tempore facti teſtamenti teſtator moreretur, vt poterat hæres actutum nuda voluntate adire, & legatum inutile apparebat, ne ſibi à ſe ipſo legaretur. Quod ſi aditionem vult differre, ad effectum, vt vendito ſeruo legatario, & ſerui, & legati pretium conſequatur, ob idque locus fiat in alijs legatis legi Falcidiæ conſeruato legato ſerui (contra l. à filio, 25. in fine, iuncta gloſs. ibidem, ff. de legatis 1.) noluit ius, vt hęc calumnioſa dilatio prodeſſet hæredi, iuxta ſupradicta.

6 Nec rectè † obijciet, qui dixerit, quod ſi hæc ratio vera eſſet, idem etiam euinceret in caſu, quo ſeruus hæres inſtituitur, & domino pure legatur: quaſi ſcilicet calumnioſe differat dominus legatarius iuſſum, quo eius ſeruus adire debet; quod tamen denegat Imp. in præſenti, in verſ. ex diuerſo. Reſpondetur enim, longam dari in vtroque caſu differentiam: nam in primo, ſola voluntate adire poteſt, & ideo celari nequit calumnia, dum differt. At in ſecundo caſu, quin concurrat voluntas ſerui inſtituti, non ſufficit ſola domini, vt expreſſit Imp. in l. 3. C. de hæredib. inſtit. ibi; *Potuit enim quamuis iubente domino nolle adire*; &c. & ibidem notat gloſſa, verbo, potuit, & communiter Doctores; vnde nihil tunc imputatur domino legatario, cum aditio non pendeat ſimpliciter ab eius voluntate.

7 Noſtrum † §. an ſeruo, in princip. ſic explicatum declara in primis non procedere, quando dominus ſerui legatarij inſtituitur ſub conditione: nam tunc cum pendente conditione hæreditatem adire nequeat, calumnioſe non cenſetur differre: & ideo interim poteſt ſeruum legatarium vel alienare, vel manumittere; & locum non habebit regula Catoniana à ceſſante ratione huius text. facit l. cetera, 41. §. tractari, ff. de legatis 1. Bart. & gloſſa, in l. penult. per text. ibi, ff. de regula Catoniana, vbi noſtram declarationem in terminis ponũt; quorum ſententia veriſſima eſt: quamuis ab ipſorum interpretatione ad d. l. penult. recedamus cum Cuiac. lib. 4. Obſeruat. cap. 4.

8 Declara † ſecundò, d. §. an ſeruo, non procedere dato cohærede extraneo; nam tunc legatum purè relictum ſeruo vnius ex hęredibus manebit, vt prælegatum; & pro parte, quæ reſpicit dominum ſerui, inutile eſt, ex regula Catoniana, ne aliquid a ſeipſo ſibi debeatur; pro parte verò cohæredis valet: tum quia ceſſat regula Catoniana, iuxta ea quæ præmiſimus, tum etiam, quia id debet valere in perſona ſerui, quod valeret in perſona domini, ſi eidem relinqueretur, etiamſi hæres eſſet inſtitutus l. ſi mihi, 12. §. regula, ff. de legatis 1. cũ ſimilibus: vnde vt text. in noſtro § an ſeruo, in princip. ſimpliciter, & abſolutè procedat, requiritur, quod dominus ſerui legatarij inſtituatur ſolus hæres, ac purè.

9 Declara † tertiò, non procedere, quando dato cohærede, vel ſubſtituto, dominus cohęres, vel primò inſtitutus hæreditatem repudiat: nam tunc totum legatum relictum ſeruo proprio conſequitur, non obſtante Imp. in præſenti. Ratio eſt: quia reſpectu cohæredis valet argumentum à legato relicto ſeruo, ad idem legatum relictum domino, vt probauimus. Conſtat autem prælegatum relictum vni ex cohæredibus non obſtante Catoniana regula ad illum in ſolidum pertinere, qui hæreditatem repudiat, vt probat Iulianus, in l. & quidem, 18. iuncto §. vlt. legis præcedentis, ff. de legatis 1. vbi omnes notant, ergo, &c.

10 Reſpectu † verò ſubſtituti, probat ratio l. c. in l. licet Imperator, 74. ff. de legatis 1. vbi legatum datum ab inſtituto, cenſetur repetitum à ſubſtituto, quo caſu valeret, ſi alicuius, qui hæres non eſſet, ſeruo legaretur; inſtitutus autem repudians omninò non hæres manet, ita reſoluit Balduinus, in præſenti, num. vlt. nec tunc obſtabit regula Catoniana: quia illa locum habet ſub conditione quadam reſolutiua

ni vi-

ni videlicet termini varientur, illis namque variatis, obſeruabitur quod tunc fuerit a iure diſpoſitum.

Nec replices etiam hærede inſtituto ſuo, vel neceſſario, ſi emancipetur, aut manumittatur, (cum poſſint tanquam extranei quandocunque adire) regulam Catonianam ceſſare, quæ antea habebat locum illis in poteſtate conſtitutis, vt inquit d. l. ſi optio, ff. de optione legata, d. l. quæſitum, 91. §. 1. ff. de legatis l. 1. Iulianus, 86. §. vlt. ff. de cond. & demonſtrat. Etenim reſpondetur in his terminis nullam poſse ſubintelligi conditionem reſolutiuam, ſed totum pendere à caſu fortuito ſuperueniente: At qui dedit cohæredem, vel ſubſtitutum omnia prouidit: & ita ſecundum illius mentem, & prouiſionem Regula Catoniana diſpoſuit: atque ita nil mirum, quod uariatis terminis ex mente teſtatoris, varietur etiam iuris diſpoſitio.

11 Inſuper, licet † fateamur hærede inſtituto ſuo, vel neceſſario, ſi poſtea emancipetur, vel manumittatur, ceſſare regulam Catonianam, quaſi etiam in his terminis militet reſolutiua conditio tacita de qua ſupra, nihil inciuile dicemus, cum aliàs dicat excellens Papinianus in lege filio, 87. ff. de legatis primo, ſi legetur filio in poteſtate pro parte hæredi inſtituto, qui poſtea hæreditate paterna abſtinuit, duriſſimum eſſe illi denegari legati petitionem. Et reddit rationem ibi: *Non enim inpugnatur iudicium ob eo, qui iuſtis rationibus uoluit negotijs hæreditarijs implicari*; quaſi dicat, quando agimus de abſtenſione, ſiue repudiatione hereditatis, cum ceſſet Regula Catoniana, etiam in ſuo hærede: ſolum illud quærimus, an legatum petere poſsit ille, qui abſtinendo videtur iudicium impugnare, dum deſerit immixtionem. Quod tamen negat Papin. quia potuit iuſtis de cauſis ſe negotijs hæreditarijs explicare. Eo maximè, quia tunc patris hæreditas potuit à cohærede adiri, & iudicium ſuſtineri, iuxta l. ita tamen, 27. §. qui ſuſpectam, ff. ad S. c. Trebell. l. quæſitum, 40. in fine, ff. de acquir. hæred. Accedit, quia ſicut extraneo repudianti petitio legati competit, d. l. qui filiabus, 17. §. vlt. cum l. ſequenti. ff. de legatis 1. & prætor propter ius abſtenſionis redigat ſuum hæredem ad conditionem voluntarij, vt in ſpecie docet Iulianus in l. nam nec. 89. ff. de legatis 1. nil mirum, quod legatum petere poſſit; vnde in terminis d. l. filio, ſi ſeruo eius purè legetur, pro parte cohæredis ſemper ſuſtinebitur legatum, iuxta ea, quę ſupra diximus in ſecunda declaratione; in ſolidum verò, ſi filius ille hæres (quem dominum ſerui legatarij eſſe ſupponimus) abſtineat patris hæreditate, iuxta ea, quæ in tertia declaratione, de repudiatione diximus. Nec tunc obſtat regula Catoniana; quia nos non dicimus reconualeſcere, quod ſimpliciter nullum erat, ſi ſtatim teſtator decederet, ſed potius dicimus ceſſare in hoc caſu dictam regulam; quaſi ſub conditione quadam reſolutiua à principio hic, & ſimiles caſus à tali regula ſubducantur.

12 Id autem † quod diximus in d. l. filio, ff. de legatis primo, tam circa filij perſonam, quam ſerui eiuſdem filij; declara ne procedat, ſi cohæres inſtitutus eſt etiam eiuſdem teſtatoris filius, vt exprimit idē Papin. in l. quid ergo, 90. §. vlt. ff. de legatis primo. Ratio differentiæ eſt in promptu: quia tunc iniquum eſt, vt in onus fratrum cohæredum abſtineat filius, & vel per ſuam perſonam, vel mediante ſeruo conſequatur id, quod de rigore iuris nullum erat. Vnde, cum in his terminis ceſſat æquitas Prætoria, quæ illum abſtinere permiſit ſine incommodo reliquorum fratrum cohęredum, ſine dubio ſuccedit diſpoſitio regulæ Catonianæ, quaſi quoad non varientur termini, licet filius abſtineat.

13 Declara † tanden text. noſtrum in §. an ſeruo, non procedere, quando dantur coniecturæ voluntatis teſtatoris, qui voluit, vt legatū illud vel fideicommiſſum pertineat ad ipſum ſeruum, quandocunque ſcilicet ſui iuris fuerit effectus: nam tunc quaſi tacita conditione ex teſtameuto inhærente ceſſat Regula Catoniana, iuxta noſtrum §. an ſeruo, verſ. ſub conditione verò; & facit pro hac reſolutione text. in l. vbi purè, 19. in princip. ff. ad S. c. Trebell.

14 Colligitur † deinde principaliter text. noſtrum procedere etiam reſpectu filij: nam ſi patre inſtituto hærede, eius filio pure legetur, inutile legatum eſt, ex ratione noſtri text. ſentitque Iulianus in l. cum legato, 17. ad fin. ff. quando dies legati. & Iul. Paul. in l. à filio, 25. ff. de legatis primo: nam ille dicit valere legatum patri purè relictum, quando filius inſtitutus eſt; ſicut etiam diximus, legari domino poſſe, quando ſeruus inſtitutus eſt; quaſi ſecus ſit è conuerſo, & quidem hanc illationem probat gloſſa vltima, ad finem. Similiter diſponitur in d. l. a filio, tradit Balduinus in noſtro §. an ſeruo nu. 8. vnde omnes declarationes, quas ſupra appoſuimus reſpectu ſerui, repetitæ cenſeantur reſpectu filij famil.

15 Hanc † tamen illationem declara non procedere, quando tam hæres inſtitutus, quam eius filius, cui purè legatum eſt, ſunt in poteſtate aui: nam tunc licet pure ſit filio legatum patre hæredi inſtituto, tamen ceſſat diſpoſitio noſtri §. vt diſertè docet Iulianus in lege quæſitum, §. 91. in princip. ff. de legatis 1.

Ratio eſt: quia legatum tunc filio relictum, cũ auo acquiratur, cuius in poteſtate eſt, iuxta l. placet, ff. de acquir. hæred. ipſi auo (qui pater hæredis eſt) videtur legatum; ac conſequẽter valet iuxta noſtrum §. an ſeruo, verſ. ex diuerſo: ſicut etiam valet legatum relictum fratri, vel ſeruo, qui ſub eiuſdem poteſtate ſunt, ſub qua eſt hæres, vt dicitur in d. l. quæſitum. Vnde illud emolumentum orietur, quod ſi viuo, vel etiam mortuo teſtatore ante aditam hæreditatem, nepos ille (filius hæredis inſtituti) cui purè legatum eſt, fuerit ab auo emancipatus, legatum ſibi acquiret. Si vero auus moriatur ante aditam hæreditatem, recadente tunc nepote in poteſtatem patris §. 1. Inſt. qui bus modis ius patriæ poteſt legatum omninò euaneſcet, locum ſortiente repugnantia iuris, ne ſcilicet in vna, eademque perſona, & emolumentum legati, & obligatio iuris concurrat, contra I.c. in d. l. cum legato, 17. ff. quan do dies legati ced. & noſtrum §. an ſeruo, & d. l. à filio, ff. de legatis 1.

16 Colligitur † tertiò principaliter intellectus ad d. l. ſi optio, 13. ff. de optione legata, vbi propterea ceſſat Catoniana (inſtituto hærede extraneo) quia licet ſtatim decederet teſtator, non proinde tamen ſtatim euaneſcebat legatum ſeruo proprio ſine libertate relictum: quia, non ſequitur hæredem extraneum de iure ſtatim adire debere, immò poteſt aditionẽ differre, iuxta ea, quæ præmiſimus; & interim poterat familia minui, ita vt ille ſeruus, cui ſine libertate legatum erat, non quidem ſub optione contineretur (electio enim ceſſat in vno, l. verum, 9. & ibidem gloſ. ff. de aſſignand. libert.) ſed quaſi purè & ſpecialiter in legato contineatur; & conſequenter teneat illud, quod eidem ſeruo relictum erat. Atque ita in legato ſequenti ceſſabat Catoniana.

17 Secus autem † eſſe dicit I.c. in d. l. ſi optio, ſi neceſſarius exiſtat hæres: nam cum eo ipſo, quo teſtator decedit, ille ex diſpoſitione iuris iam fit hæres, manet omninò inutile ſequens legatum: quia ſicut optione legata, & electo ſeruo, cui aliquid ſine libertate relictum eſt, tale relictum non venit, l. ſeruo ſine, 15. ff. de optione legata: ita inſtituto neceſſario hærede, qui ſi ſtatim deceſſiſſet teſtator, ipſo iure hæres eſſet, quo tempore ſeruilis familia plena erat, ſi electio tunc fieret in ſeruo illo, cui ſine libertate legatum erat, tale legatum non veniret, iuxta d. l. ſeruo ſine, ergò ex Catonia na non conualeſcet, licet ex poſt facto familia minuatur, etiam in vita teſtatoris, ita vt ille tantum ſeruus in ea maneat.

18 Sed illud † hic manet ſcrupulus ortus ex d. l. ſeruo ſine: nam conſtat in optionis legato, facta electione illud cenſeri à teſtatore legatũ, quod legatarius optat, l. ſi optio, 13. verſ. vt qua ſi, ff. de opt. legata, cum ſimilibus: ergo ſi teſtator legat optionem ex ſeruis, & vni ex eis legat ſine libertate, ſi iſte ſeruus eligatur, quaſi à principio ſpecialiter legatus, ſequẽs quoque legatum debet ſecum ferre ad legatarium optionis, quod tamen inficiatur Iauolenus in d. l. ſeruo ſine. Verum licet exinde oriretur dubitandi ratio ad d. l. ſeruo ſine, contrarium tamen merito ibidem deciditur: quia cum electio non poſſit fieri niſi adita iam hæredita te, vt expreſſit I.c. Clemens, in l. optione, 16. ff. de opt. legat. quo tempore legatum relictũ ſeruo ſine libertate, omnino euaneſcebat, vtpote quia non dabatur ſubiectum, nec aliqua diſpoſitio, cui inniteretur, iuxta l. quæſitum, 91. §. 1. ff. de legatis 1. vnde optio ſuperueniẽs, iam inuenit extinctum ſequens legatum, & conſequẽter ceſſat habilitas in extremo à quo dicta fictio debet incipere, & hæc eſt mens Iauoleni in d. l. ſeruo ſine, & Iuliani in l. ſi eros, 11. ff. eodem tit. de opt. legata.

19 Manet igitur † ex dictis, quod ſi legetur optio ſeruorum, & vni ex ſeruis ſine libertate legetur, etiam hoc ſequens legatum legatario optionis debebitur, ſi inſtituto hærede extraneo tota familia ſeruorum ad illum ſeruum recidat, dicta lege ſi optio, quod intellige, ſi hæc familiæ diminutio viuo teſtatore contingat (quod de plano procedit) ſiue etiam iacente hæreditate; ex eo quia tunc temporis executio vltimarum voluntatum eſt in ſuſpenſo, & ideo tunc minuta familia (ita vt ille tantum ſeruus maneat, cui ſine libertate relictum erat legatum) merito eidem ſeruo tanquam purè, & ſpecialiter legato, cohæret ſequens legatum; & vtrumque debebitur legatario, qui ab initio fuerat optionis. Quam expoſitionem ſatis innuit I. c. Paul. in dicta lege ſi optio, ibi: *Quia poteſt ante aditam hæreditatem etiamſi ſtatim deceſſerit* (ſcilicet teſtator) *familia minui*; &c. ſi enim ex eo, quod ante aditam hæreditatem familia ſeruorum in vnum recidere poteſt, legatum optionis purum efficitur, ad effectum, de quo ibidem, & propterea ceſſat Catoniana; vt hæc ratio robur habeat, omninò requiritur, quod etiam iacente hæreditate purum efficiatur ſerui legatum, quandocunque teſtator deceſſerit.

20 Quod † verò dicit I. c. Paul. in d. l. ſi optio, ibi: *Quod ſi neceſſarius hæres inſtitutus ſit, ſequens legatum propter Catonianam inutile eſt*; declaratur primò, ne procedat, quando ſimul neceſſarius, & extraneus inſtituti ſunt hæredes: nam tunc licet legatum ſerui, de quo ibi, foret inutile, neceſſario hærede exiſtente

exiſtente propter regulam Catonianam, reſpectu eius partis, quæ à neceſſario hærede præſtari debebat, reſpectu tamen eius, quæ extraneo præſtanda eſt, vtile legatum erit, ex ratione, quam præſtat Iuriſconſ. in d. lege ſi optio. ibi: *Quia poteſt ante aditam hæreditatem*; &c. & hanc declarationem oſtecit Iulianus in l. quæſitum, 91. §. 1. ff. de legatis ibi: 1. *Neceſſario autem ex aſſe ſcripto*; &c. Quod tamen ſubintellige quando legatum ab vtroque hæredi relinquitur, vt regulare eſt, lege ab omnibus, 104. ff. de legatis 1. lege ſi pluribus, 44. ff. de legatis 2. nam ſi ab extraneo totum relinquatur, integrum legatum valebit, ex ratione d. l. ſi optio, ibi: *Quia poteſt*, &c. ſi vero totum à neceſſario relinquatur, integrum inutile erit; quaſi reſpectu legati ſit tunc neceſſarius ex aſſe ſcriptus, iuxta d. l. quæſitum, §. 1. verſ. neceſſario autem, & d. l. ſi optio, verſ. quod ſi neceſſarius.

21 Declaratur † tandem Iuris conſultus in d. l. ſi optio. verſ. quod ſi neceſſarius, ne procedat, quando dato cohærede extraneo ſuus hæres abſtinet; valet enim legatum in ſolidum non obſtante Catoniana: nam licet tunc ab vtroque fuerit relictum iuxta ſupradicta: cum tamen per abſtenſionem filius ſuus redigatur ad conditionem hæredis extranei, iuxta legem nam nec, 89. ff. de legatis 1. perinde eſt ac ſi a principio vterque extraneus eſſet, & alter ex illis repudiaſſet hæreditatem: nec obſtat, quod exiſtentia ſui hæredis confirmat tabulas pupillares, directas libertates, & ſimilia, de quibus egimus late, lib. primo capitulo 13. Reſpondetur enim quod hæc exiſtentia illos tantum effectus operatur, qui pendent à teſtamento, non uero qui pendent ab obligatione hæredis, qualis eſt præſtatio legatorum, §. primo, Inſtitut. de legatis, eleganter comprobat Luſitanus Eman. à Coſta, in repet. cap. ſi pater, 2. parte, verbo, deferuntur, à n. 3. de teſtam. in 6. vnde abſtinente filio ex aſſe hærede inſtituto, legata corruunt. Cum igitur quoad effectualem legatorum præſtationem requiratur immixtio ſui hæredis, ad id conſiderari debet tamquam extraneus ſub conditione reſolutiua, niſi abſtineat. Vnde ſicut ſupra probauimus, quod in caſibus, in quibus reſpectu hæredis extranei locum habet Catoniana, & eo repudiante ceſſat, quaſi ſubtractis terminis habilibus nunquam locum ſortita eſſet deficiente conditione reſolutiua: idem ſimiliter dicendum putamus in ſuo hærede abſtinente.

22 Quod † tamen nequaquam conſiderari poteſt reſpectu proprij ſerui ſcripti, cum neceſſarius hæres ſit, velit nolit; & ita ſtatim poſt mortem domini teſtatoris protinus liber, & hæres fit. princip. Inſtit. de hæred. qualit & differ. in qua ſpecie ſecurè procedit d. l. ſi optio, verſiculo quod ſi neceſſarius

Inſuper ſi acutè intr ſpicimus mentem Iuriſconſulti Pauli. in dicta lege ſi optio, verſ. quod ſi neceſſarius, & Iuliani in dicta lege quæſitum. 91. §. primo, verſiculo neceſſario, ff. de legatis 1. dū ſimpliciter meminerunt neceſſarij hæredis, qualis eſt ſeruus, iuxta princip. Inſt. de hæred. qualit. & differ. ſatis confirmant proxime præcedentem declarationem, quaſi ſentiant, quod etſi in ſeruo proprio, vel filio in poteſtate, hæredibus inſtitutis, eadem detur iuris diſpoſitio circa neceſſariam cōtinuationem ſucceſſionis: & conſequēter in vtroque locum habeat regula Catoniana, iuxta ſupradicta: nihilominus tamen in ſuo hærede aliquando id poteſt deficere, impetrata uidelicet abſtenſione, vt probauimus, ergo vt id ſecurè, & infallibiliter decidant, ſimpliciter neceſſarij hæredis meminere.

Ex his, quæ diximus in 3. principali illatione, colligitur etiam decidendi ratio ad Iulianum, in d. l. quæſitum, 91. §. 1. ff. de legatis 1. vnde amplus id referre non vacat.

23 Infertur tandem † ad Iuris conſ. Mæcianum in l. Iulianus, 86. §. vlt. ff. de cond. & demonſtr. vbi legatum relictum ſeruo puro, cui libertas ſub conditione datur, tunc eſt inutile ex Catoniana, quando neceſſarius hæres exiſtit: quia nempè ſi ſtatim decederet teſtator propter exiſtentiā ſui & neceſſarij hæredis, in quo non eſt neceſſaria aditio, l. in ſuis, ff. de ſuis & legit. legatum inutile foret, ſecus ſi extraneus fuerit inſtitutus, tunc enim cum vltra mortem teſtatoris adhuc dilatio hæredis nolentis, vel differentis adire, conſideretur, intra illam conditio libertatis venire poteſt, & proptera legatum purum de quo ibidem, interim non euaneſcit.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu lege ſi ſtipulatus, 15. §. primo, ff. de fideiuſſor. a numero primo per tot. præcipuè a num. 24.

Beneficium diuiſionis competit confideiuſſoribus, dicto numero primo. licet diuerſis temporibus ſe obligauerint, num. 13.

Exceptio cedendarum actionum reſpectu debitoris competit fideiuſſori contra creditorem potentem, d. num. 1.

Exceptio pignoris transferendi competit fideiuſſori ſoluenti contra creditorem, ibidem.

Refertur, & reprobatur prima interpretatio gloſſæ, ad noſtram lege. ſi ſtipulatus, 15. §. primo, n. 2.

Refertur, & reprobatur ſecunda, & tertia, num. 3.

Refertur, & reprobatur 4. 5. 6. & 7. quæ fuit Ioannis

nus gloſs. antiqui, num. 4.
Refertur, & reprobatur octaua Rogerij. nu. 5.
Refertur, & reprobatur altera gloſſæ interpretatio. num. 6.
Refertur, & reprobatur decima Martini, & Azonis. nu. 7.
Refertur, & reprobatur vndecima Iacobi de Arenis. num. 8.
Refertur, & reprobatur duodecima Dyni. nu. 9.
Refertur, & reprobatur decimatertia Cumani. numero 10.
Refertur, & reprobatur 14. communis interpretatio. num. 11.
Quibus fideiuſſoribus competat diuiſionis beneficium num. 12.
Quando creditor diuidit obligationem fideiuſſorum, ceſſat beneficium diuiſionis. ibidem.
Explicatur l. ſi Titius, ibi ſi poſtea minor interceſſit. *ff. de fideiuſſor. nu. 14.*
Quando mulier, & filius fideiubent, perinde omnino eſt, ac ſi mulier non interceſſiſſet. Ibidem.
Minore, & maiore ſimul fideiubentibus, maiori competit diuiſionis beneficium, quamuis minor omninò reſtituatur: ſecus ſi minor ex interuallo intercedat. ibidem.
Obligatio confideiuſſorum non diuiditur ipſo iure ex epiſtola Diui Hadriani. nu. 15.
In dubio quando plures fideiuſſores aſſumuntur, eſt in fauorem, & ſecuritatem creditoris. ibidem.
Explicatur text. noſter, ibi: A priori. *nu. 16.*
Poteſt creditor ad libitum liberare vnum ex fideiuſſoribus, nec id proderit confideiuſſoribus, ſed nocebit. a nu. 17.
Exceptio cedendarum actionum, quando poſſit opponi creditori à fideiuſſoribus conuentis. nu. 19.
Si creditor debitorem liberet pacto aliquo gratuito, nõ poteſt repelli à fideiuſſoribus exceptione cedendarum actionum. ibidem.
Explicatur l. niſi, 22. ff. de pactis. ibidem.
Explicatur l. Stichum, 95. §. penult. ff. de ſolutionibus. nu. 20.
Creditor fideiuſſori ſoluenti, & volenti cedere, tenetur actiones contra alios fideiuſſores. numero 21.
Creditor poteſt liberare vnum ex fideiuſſoribus, ſeu eximere ab obligatione inuitis alijs. nu. 22.
Exceptiones diuiſionis, & cedendarum actionum ſunt diuerſæ, & poteſt vna ſine alia aliquando dari. num. 23.
Proponitur vtilis effectus, qui competit fideiuſſori prius ſoluenti. ibdem.
Bis idem ſolui non debet. nu. 25.
Explicatur l. videlicet, 26. ff. de pactis, nu. 26.
An pactum reſpectiuum initum cum vno ex fideiuſſoribus, proſit alteri. ibidem.

CAPVT XIIII.

Ad Salu. Iulianum in l. ſi ſtipulatus, 15. §. 1. ff. de fideiuſſoribus.

1 INquit † Iulianus. *Si ex duobus, qui apud te fideiuſſerant in viginti: alter ne abeo peteres, quinque tibi dederit, vel promiſerit: nec alter liberabitur: & ſi ab altero quindecim petere inſtitueris, nulla exceptione ſummoueris. Reliqua autem quinque ſi à priore fideiuſſore petere inſtitueris: doli mali exceptione ſummoueris.*

Summè torquentur Doctores oẽs in præſenti, cur creditor non ſummoueatur, vel exceptione diuiſionis, ex epiſtola Diui Hadriani, quæ in fauorem confideiuſſorũ emiſſa eſt, iuxta l. inter, 26. cum l. ſeq. ff. de fideiuſſor, §. ſi plures, Inſt. eodem tit. & cuius priuilegium creditor adimere, aut impedire nequibat. Vel exceptione cedendarum actionum: tenetur enim creditor cedere actiones, l. ſi mandat, 13. l. cum is, 36. l. fideiuſſoribus, 17. l. fideiuſsores, 41. §. 1. ff. hoc tit. l. ſi quis alicui, 27. §. vlt. ff. mandati, apud Hiſpanos l. 1. tit. 12. partita, 5. vbi late Gregorius Lopez Decius, conſ. 27. ante, nu. 1. & quando facto ipſius creditoris actiones peremptæ ſunt, ita vt cedi nequeant, exceptione repellitur, l. Stichum, 95. §. penult. ff. de ſolutionibus, facit l. quod ſæpè, §. ſi res, ff. de contrah. empt. Iacobus de Arenis, tract. de ceſſione, num. 70. Roman. conſ. 472. in eo quod quæritur, circa finem. Padilha Hiſpanus in l. 1. nu. 22. cũ ſeqq. C. de tranſact. Vel tandem exceptione pignoris transferendi (ſi quod creditori traditum fuerat) iuxta l. 2. C. de fideiuſsoribus.

2 Propter † quæ text. iſte uarios patitur intelligendi modos, & in primis Accurt. hic, verbo exceptione, primo ſoluit, quod propterea non datur exceptio contra creditorem cedendarum actionum: quia confideiuſsor liberatus quinque ſoluit, quaſi iam ex ſua parte ſatisfeciſse videatur. Sed hic intellectus eſt ineptus, in primis, quia illa quinque non aſcenderunt ad virilem portionem confideiuſsoris, & ideo non ſatisfecit ſecundum ſuam obligationem, adhuc ergo contra eundem pro alijs quinque competere poterat beneficium diuiſionis, & cedendarum actionum, Deinde quia dicta quinque non ſunt data in vim ſolutionis,

ſed

Digitized by Google

ſed in remunerationem pacti de non petendo, ergo nihil videtur ſolutum, ſed potius datum, qua propter Accurt. huic interpretationi non acquieuit.

3 Secundus † intellectus eſt, quod fideiuſſor liberatus, de quo hic, inutiliter fideiuſſerat.

Tertius, quod erat aliàs tutus exceptione perpetua. Verum vterque diuinat, & eſt ſine ſale, vt aduertit Imola, hic. n. 2. verſ. in gloſ. 1.

4 Quarta † interpretatio eſt, quod ſcilicet fideiuſſor cōſenſerat tranſactioni. Quinta, quod conuenit ad tempus. Sexta, quod fideiuſſor liberatus, erat fideiuſſor fideiuſſoris. Septima (quæ fuit Ioannis veteris interpretis) quod hic renunciauerat beneficio cedendarum actionum. Ceterum hę omnes apertè ariolantur, & communiter reijciuntur; notat Imola hic. Illa inſuper, quæ Ioanni tribuitur, reddit tex. indubitabilem, & ſuperflua verba illa: *Nulla exceptione*; ſi enim ex conuentione prædictis beneficijs renunciatum erit fruſtra text. recurrit ad conuentionem inter creditorem, & vnum ex confideiuſſoribus.

5 Octaua † fuit Rogerij relata ab Accurt. ibidem. Quod hic tex. procedat de vigore. At d. l. Stichum, 95. §. penult, ff. de ſolutionib. de æquitate. Hæc quoquæ interpretatio, & conciliatio abſona eſt, nulloque iure probatur æquitas illa: immo l. c. ind. l. Stichum, §. penultimo procedit ſecundum ordinarias iuris regulas, de quibus etiam in lege ſi mandato, ff. de fideiuſſor, lege ſi quis alicui, §. vltimo, ff. mandati, cum ſupra citatis, & inferius oſtendemus.

6 Nona † interpretatio eſt, quod hic non fuit pactum de non petendo; ſed datio ne peteretur: & ideo adhuc poſſe peti reliquam quantitatem ab eodem, qui quinque ſoluerat, ſed vltra diuinationem, eſt merè calumnia, & violatio huius textus, non enim ab eodem, qui quinque dederat, vel promiſerat, reliqua quinque petuntur, vt infra oſtendemus.

7 Decima, † quæ Martino antiquo gloſſatori tribuitur, necnon & Azoni; potius inuoluit, quam textum explicet; præſertim, cum nihil ad difficultatem cedendarum actionum reſpondeat, de qua inferius.

8 Vnde † Iacobus de Arenis, relatus à Bart. & Paulo hic, aliter text. hunc intelligit; quaſi in illo tantum excludatur fideiuſſor ab exceptione pacti, non vero à diuiſionis, vel cedendarum actionum exceptione, ſed hæc interpretatio omnino reprobanda eſt, cum text. dicat: *Nulla exceptione*; quæ propoſitio vniuerſalis negatiua, totum excludit, vt securè tradit Imola hic, numero 2. verſiculo ibi nulla exceptio.

9 Duodecimo † Dynus (cuius intellectum Bartolus, & Cumanus hic exornant) putauit propterea repelli creditorem in d. l. Stichum, §. penultimo, ff. de ſolutionibus, quia mandator de quo ibi, manebat omninò remedio deſtitutus, quippè iam liberatus erat debitor à creditore. At in noſtro text. licet confideiuſſor eſſet liberatus, adhuc actio cedi poterat contra debitorem. Atque ita creditor nulla exceptione repelletur, quod unum ex confideiuſſoribus liberaſſet, licet repellendus eſſet eadem exceptione reſpectu debitoris, de quo tamen text. hic principaliter non loquebatur.

Quam Dyni interpretationem, & conciliationem ex eo reprobat Bartolus hic, quia licet in terminis d. §. penultimo, creditor non poſſet culpa ſua actionem cedere: mandatori tamen adhuc competere poterat vel mandati, vel negotiorum geſtorum actio, l. qui patitur ff. mandati, lege indebitum, ff. de condict. indeb. & nihilominus creditor remouetur, ergo non ſufficit, poſſe debitorem conueniri.

Ceterum hæc Bart. reprobatio falſo nititur fundamento: nam ſi facto creditoris competijt exceptio debitori (citra pactum, de quo in l. niſi, ff. de pactis) iam mandator, vel fideiuſſor conuentus, & certus de dicta exceptione, ſi ſoluerit, nullam habet actionem, vt expreſsè probat Papinianus in l. ſi fideiuſſor, 29. ff. mandati.

Ex eo tamen venit Dynus reprobandus, quia non ſatisfacit debitæ diuiſioni ex epiſtola Diui Hadriani. Nec euitabitur hæc reprobatio ex eo, quod confideiuſſor de quo hic, aliàs liberatus, ſoluendo non erat, quo caſu ceſſat dicta epiſtola, iuxta initio allata iura. Quod propterea ſuadere nititur Cuman. hic, quod creditor quaſi deſperatus ſolis quinque contentus fuit: non inquam euitabitur quia ſi non eſſet ſoluendo, fruſtra pactum, & datio celebratur, ne ab eo reliqua peterentur: hoc enim alium confideiuſſorem onerat, d. §. ſi plures, Inſtit. de fideiuſſor. nec credendum eſt ab illo petere voluiſſe omnem quantitatem, qui verè ſoluendo non erat. Tandem vt pacti vis aliquid operetur, opus eſt, vt intelligamus, illum cum effectu poſſe conueniri, & conſequenter ſoluendo eſſe: ne tamen conueniretur, dicta quinque dediſſe, vel promiſiſſe.

10 Decimotertio † intelligit Cuman. quod exceptio cedendarū actionum nō competit, niſi quando creditor efficacem habet actionē contra alios; quæ ſolutione vnius alias eidem creditori manet inutilis, idq; ex ea æquitate, qđ tibi non nocet, &c. l. 3. §. item Varus, ad fin. ff. de aqua pluuia arcenda. Vnde ſi creditor etiā culpa ſua actionem cedere nequeat, non ob id ſummouebitur vt hic. Nec obſtat (inquit

Cuman.) d.l. Stichum §. penult. ff. de ſolutionibus, quia procedit in mandatore.

Verum hic intelligendi modus in primis nō ſatisfacit, quoad difficultatem deductam ex beneficio diuiſionis. Deinde verius eſt, quod ſi debitor liberatur à creditore, non ex vi conuentionis, de qua in l. niſi. ff. de pactis. ſine dubio repellendus eſt a fideiuſſore conuento per exceptionem cedendarum actionum, iuxta d. l. Stichum. §. penult. quæ æquè militat in fideiuſſore, l. ſi fideiuſſor, 29. ff. mandati.

11 Denique Paul. hic, qui nu. 2. communem dicit, & in l. ſi Titius, nu. 2. ff. eodem tit. & in l. ſi plures, nu. 1, verſ. ſed contra hoc, infra, eod. tit. Imola, hic, nu. 2. & nu. 3. verſ. tertia: tradiderat gloſſ. in d. l. ſi plures, & ibidem Imola, nu. 1. Speculator tit. de renunciatione, §. 1, putant diſtinguendum inter confideiuſſores eodem, vel diuerſo tempore conſtitutos: nam inter eos, qui eodem tempore fideiubent, diuiſionis beneficium, & exceptionē cedendarum actionum dari putant; non ita, quando diuerſo tempore. idque ſuadent ex d. l. ſi Titius, ff. de fideiuſſoribus, ibi: *Si poſtea minor interceſſit.* &c. quam ſententiam colligunt etiam ex ſententia Martini relata à gloſſ. hic, verbo, exceptione, quæ certè id non exprimit ſecurè: immo, quam ſecundum vocat, poſtea primum appellat, & ſecundum hanc diſtinctionem intelligunt procedere noſtrum text. in 2. caſu.

Ratio huius interpretationis eſt; quia fideiuſſores, qui eodem tempore ſe obligarunt, non aliter videntur obligationem ſuſcepiſſe, niſi intelligerent prædicta beneficia illi communicari, & manerent decepti, ſi vel debitū diuideretur, vel actio non cederetur; quæ ratio ceſſat reſpectu confideiuſſorū, qui ex interuallo additi ſunt: iam enim primi abſque diuinatione futuri euentus, ſe ipſos in ſolidum obligarunt, nec aliquid de cedendis actionibus cogitarunt. Licet etiam tunc vtrumque remedium poſterioribus competat.

Ceterum hic quoque intelligēdi modus peccat in multis: quod vt euidentius appareat; diſtinguenda eſt inſpectio diuiſionis ab illa, in qua de cedendis actionibus agimus.

12 Et in primis † prænotandum eſt, prædictū diuiſionis beneficium illis tantum competiſſe, qui ſe in ſolidum obligauerunt, iuxta naturam fideiuſſionis; non enim quis plures fideiuſſores accepit, vt vnumquemque minus obligatum haberet, ſed vt plures in ſolidum obligatos; & ita docet Imp. in §. ſi plures, Inſt. de fideiuſſoribus. Si enim creditor fideiuſſorum obligationem diuiſiſſet, ceſſat dictum beneficium, vt in fortioribus terminis tradit Papin. in l. inter eos, 51. ff. de fideiuſſor.

13 Suppoſito † igitur, quod beneficium competit in ſolidum obligatis, quando vtrique totam ſummam ſoluere poterant, non eſt credendum, nec in iure exprimitur, quod tali beneficio fraudentur, qui ex interuallo adiectos habent confideiuſſores; vtpote, quia ſunt in ſolidū obligati, & ſimul confideiuſſores, vt infra latius oſtendemus; & ita hanc ſententiā ſecurè tradit Dynus, Cynus, Iacobus de Arenis, quos ſequitur Bart. in d. l. ſi plures, & d. l. ſi Titius. Nam licet tempore ſuæ fideiuſſionis non diuinent, ſibi competiturum: ſciunt tamen, vel ſcire præſumuntur, quod ſuperadditis fideiuſſoribus ſibi competet, & quamuis hæc etiam generalis ſcientia deeſſet, tale beneficium non ſcientibus, ſed confideiuſſoribus in ſolidum obligatis competit; confideiuſſores autem ſunt, qui eiuſdem ſtipulationis fideiuſſores exiſtunt, licet diuerſo tempore. Quod à contrario probat, l. ſi à Titio, 43. ff. de fideiuſſoribus, præſertim, quia tale beneficium reciprocum eſt, & conſtat, quod competit ex interuallo adiectis contra primos, ergo debet etiam competere primis contra ſecundos ex interuallo ſubiunctos, cum æquitas dicti beneficij vtrumque caſum æquè complexa videatur. Nec vlla lege, aut prædicta ratione probatur, quod vltra quam quod ſint confideiuſſores, requiratur, vt ſimul intercedant. Immo contra prædictos patres iura per illos allata retorquentur.

14 Nam † circa d. l. ſi Titius, quatenus conſiderat minorem ex interuallo fideiuſſorē adiectum impedire diuiſionem, quam eodem tempore intercedens pareret: in primis aduerto, quod text. circa minorem requiſiuit obligationem ex interuallo, non quod regulariter adiecto poſtea confideiuſſore denegetur priori dictum beneficium; non enim tunc ad peculiarem rationem, ſed ad regulam (ſi vera foret) recurrendum erat, ſed I. c. ibidem agnoſcit ſpecialem rationem in minore ex interuallo intercedente, ergo ex eo text. falſo deducitur, regulare eſſe, ne competat primis fideiuſſoribus dictum beneficium reſpectu eorum, qui poſtea fideiuſſerunt: immò ab ſpeciali probatur contrarium.

Ratio autem ſpecialitatis in eo eſt; quod licet, quando ſimul intercedunt maior, & minor ætate, debeat diuiſio locum habere; non obſtante ſimilitudine mulieris intercedentis; quia quando mulier intercedit, inanis eſt interceſſio, l. quamuis, §. Marcellus, & §. ſi mulieri, ff. ad S.c. Velleianum, & ſentit text. in d. l. ſi Titius, ibi: *Mulierem fruſtra intercedere*; &c. At quando minor fideiubet, valida eſt fideiuſſio, & ipſe minor de rigore iuris tenetur, & conſequenter, ſi minor ſoluendo eſt, confi-

deiuſſor

deiuſſor conuentus poteſt vti epiſtola Diui Hadriani; quia quamuis minor reſtitui poſſit, ſine auxilio tamen iuris honorarij à principio acceptus eſt fideiuſſor, & ipſo iure tenetur, argumento l. Stichum; §. quod vulgo, ff. de ſolutionibus. Et quamuis eadem ferè ratio militet, quando etiam ex interuallo minor fieiuſſor acceptus eſt, cum tamen creditor ſine dolo minorem putans maiorem adiunxerit in ſecuritatem debiti, ceſſat æquitas in qua fundari poterat epiſtola Diui Hadriani: tum, quia minor in his terminis conſideratur tanquam fideiuſſor non ſoluendo; tum etiam, quia nihil præiudicij cauſari poteſt creditor, qui à principio ſimpliciter, ac ſolus fideiuſſerat. Atque ita mens I.c. eſt, oſtendere, quod mulier, & minor in eo æquiparentur, quoad effectum exonerandi totum debitum in confideiuſſores; quod illa quandocunque intercedat: hic verò, quando ex interuallo, æquitate ita ſuggerente, quæ quidem æquitas nititur in bona fide, & animo creditoris, ſimul & in dicto beneficio, quod ſine damno eiuſdem creditoris impartitur, vt patet ex d. §. ſi plures, ad fin. Inſt. de fideiuſſor. d. l. inter eum, cum l. ſeq. ff. eod. tit. & recenſet plures caſus gloſſa, verbo, partes, in d. §. ſi plures; ſecundum quam æquitatis rationem videbatur, quod neglecto iuris rigore, de quo ſupra, etiam in eo caſu, quando minor ſimul cum maiore intercedit, diuiſio eſſet deneganda, & in eo conſiſtit ratio dubitandi d. l. ſi Titius, verſ. huic ſimilis. Quæ tamen diuiſio tandem conceditur, quia quando vel obligatio debitoris, vel commodũ creditoris debet augeri; ſemper pro debitore ſtandum eſt, vt deobligetur, l. Arianus, ff. de obligat. & act. ſimulque ob rationem I. c. in d. verſ. huic ſimilis, ibi; *Propter incertum ætatis, ac reſtitutionis*; &c. iuncta explicatione Luſitani Coſtæ, in cap. ſi pater, 1. parte, verbo, inſtituit, nu. 6. de teſtam. in 6.

Et quod in bona fide creditoris, & ita in æquitate dictæ epiſtolæ Diui Hadriani, prædicta l. ſi Titius, fundetur, patet ibidem, in verſ. quod ſi dolo, vbi inquit I.c. quod ſi creditor dolo induxerit minorem, vt fideiubeat ex interuallo (nam ſimul, nulla dubitatio erat, & ita innuit ibidem gloſſa, verbo, fideiubeat) tũc etiam ex interuallo priori fideiuſſori competit beneficium diuiſionis. Ex quo duo neceſſariò colliguntur. Primum, quod diuiſio prohibita minore ex interuallo fideiubẽte, nititur in bona fide creditoris, qui ſibi, ac ſuæ ſecuritati ſincere proſpexit, non circumueniendo minorem. Secundum, quod ſi ratio aliqua ſpecialitatis ceſſet inter confideiuſſores ex interuallo adhibitos, ſemper diuiſio competit primis contra ſecundos, etiam ex interuallo ſubiunctos, vt in d. l. ſi Titius, verſ. quod ſi dolo, vbi ceſſante ſpeciali ratione, ob quam diuiſio in præced. verſ. huic ſimilis, inhibetur, ſtatim competit primo fideiuſſori, licet ſecundus ex interuallo, & caſu ſuperuenerit.

15 Tandem, prædicta † ſententia quoad beneficium diuiſionis non probatur ratione: quia licet in pluribus fideiuſſoribus ſimul intercedentibus maior ratio conſideretur, ad effectũ vt competat dictum beneficium, non inde tamen ſequitur, non competere contra alios cõfideiuſſores ex interuallo ſubiunctos. Immo, ſi verum amamus, non magis competit, quando ſimul concurrit: quia dictum beneficium non propterea datur, quod ſciant per plures diuidi obligationem (cum plures illi non ad fauorem confideiuſſorum, ſed in ſecuritatem creditoris aſſumantur) ſed quia, cum omnes fideiuſſores ſint ſoluendo, æquum eſt, vt inter eos diuiſio fiat; quaſi plures collectiuè ſubintrent locum vnius debitoris, & ita pro virilibus portionibus. & hinc eſt, quod obligatio confideiuſſorum non diuiditur ipſo iure ex epiſtola Diui Hadriani; ſed habetur reſpectus ad tẽpus exactionis, vt inquit tex. in d. l. inter ff. de fideiuſſor. vt ita ſecuritati creditoris ſẽper ſit conſultum. Non tamen diffiteor, quod ſi non aliter fideiuſſores ſe obligauerint, quam ſi plures intercedant: tunc id potius, & principalius in fauorem fideiuſſorum eſſe, quam creditoris. Inde tamen non ſequitur, quod poſtea adiuncti confideiuſſores non pariant primis dictum beneficium.

16 Et quamuis † prædicta ſententia communis (quam huc vſque impugnauimus) vera eſſet: adhuc prædicta doctrina, & intellectus, quoad diuiſionis beneficium diuinat ad noſtrũ text. nam ibidem non conſtat, confideiuſſores fuiſſe ex interuallo adhibitos, vt patet ex facti narratione, quam proponit I.c. nec officit verbum illud ibi: *Si à priore*; &c. nam vltra quam quod gloſs. vlt. hic, & Paul. nu. 2. intelligat de eo, qui quinque dederat: & in hoc ſenſu apertè faciat cõtra dictam doctrinam: quia tunc ſupponebatur alter, qui quindecim ſoluit, eſſe poſterior: cui per ſupra relatos Doctores, de iure competit dictum beneficium: & tamen in terminis illius text. tunc non competebat; vnde aliter reſpondendum videbatur. Fateor tamen verius eſſe, & congruentius, quod ille fideiuſſor (qui prior dicitur in noſtro textu) non ſit ille, qui quinque ſoluit: eſſet enim fatuus creditor, ſi contra manifeſta, & perpetua exceptione pacti de non petendo tutum ageret in expenſis condemnandus, ſed potius ille, qui quindecim ſoluerat: non tamen ob id dicitur prior, quaſi in ea prioritate fundetur tota deciſio I. c. ad denegandã exce-

exceptionem diuiſionis: ſed prout ſignificat; *proximum*; quaſi dicat, ſi à priore, hoc eſt, à proximo fideiuſſore, de quo immediatè ante loquebatur; &c. Quod facilius admittetur, cum probauerimus, quod etiamſi ſimul concurrerint plures fideiuſſores, poteſt creditor pacto ſuo liberare vnum ex fideiuſſoribus, altero in ſolidum manente obligato.

17 Aduertendum † etenim eſt, vt ſupra tetigimus, quod niſi plures fideiuſſores ex conuentione eorumdem concurrant, ad effectum dictæ diuiſionis (quo caſu in ipſorum præiudicium à creditore non poteſt quiuis ex fideiuſſoribus, alijs non conſentientibus liberari) poteſt creditor liberè paciſci cum quouis ex fideiuſſoribus, eumque liberare: talisque conuentio non proderit confideiuſſoribus, vt docet I.c. in l. fideiuſſoris, 23. ff. de pactis, non ſolum ex vi exceptionis pacti, ſed nec doli, de qua in l. reſcriptum, §. vlt. & in l. idem, 25. ff. eodem tit. nam vt competat dicta doli exceptio, requiritur, vt idem etiam actum ſit à confideiuſſore paciſcente, l. videlicet, ff. eodem tit. & ibidem gloſs. & DD. Quo præhabito liberatorio pacto manet confideiuſſor obligatus in ſolidum, abſque beneficio epiſtolæ Diui Hadriani: nam cum hoc beneficium non competat iure ipſo, iuxta l. inter, ff. de fideiuſſoribus; immò reſpiciat tempus exactionis, nihil impedit, quominus creditor poſſit remittere, vel renunciare ijs, quæ in ſui fauorem ſunt inducta, l. penult. C. de pactis: nam pluralitas fideiuſſorum in dubio aſſumitur in fauorem creditorum, vt ſupra probauimus; præſertim, quia ille, quem pacto liberauit, poſſet non liberatus effici non ſoluendo, & hoc ceteros oneraret, d. l. inter, cum l. ſeq. & d. §. ſi plures, Inſt. de fideiuſſoribus; Vel etiam ceteri fieri, poſſent non ſoluendo, quod maximo creditoris detrimento foret.

18 Ex quibus † conſequitur, quod licet in noſtro textu confideiuſſores ſimul, & eodem tẽpore interueniſſent, ſi vnus pactus liberaretur, hoc ceteros onerabit, ſicut enim liberum fuit creditori à principio plures non aſſumere, ſed vnum tantum, cui tota obligatio incumberet, ita poteſt ex interuallo vnum relinquere, reliquos liberare; licet id vertatur in præiudiciũ manentis fideiuſſoris; quia hoc præiudicium eſt incertum reſpectu futuri euentus; poterunt enim forſan liberati, vel non liberatus effici non ſoluendo; & ſimul eſt conſecutiuum, nã principalis reſpectus eſt creditoris, in cuius fauorem plures fideiuſſores fuerunt accepti; & conſequenter non debet conſiderari, iuxta l. 1. verſ. prima enim ratio, ff. de autorit. tut.

19 Quod attinet † ad exceptionem cedendarũ actionum, aduerte, quod hæc exceptio tunc propriè incipit locum habere, quando aliàs fideiuſſores, vel mandatores fraudarentur regreſſu contra principalem debitorem: alias enim ſi regreſſum haberent, quamuis creditor facto, vel pacto ſuo debitorem liberaret, adhuc contra fideiuſſores agere poterat cum effectu, vt expreſſit Vlp. in l. niſi, 22. ff. de pactis, niſi cauilletur: nam ibi nulla efficax actio cedi poteſt fideiuſſoribus contra debitorem, propter vim pacti liberatorij, l. ſi vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis. Nihilominus tamen, quia fideiuſſores habent mandati actionem contra debitorem, cuius dumtaxat perſona per exceptionem pacti eximitur ab obligatione, qua creditori tenebatur: iam non poſſunt eidem creditori opponere exceptionem cedendarum actionum reſpectu debitoris: nam creditor debitorem pacto liberando, ſuo iure vtitur: & licet priuet fideiuſſores cedendis actionibus, id à iure non conſideratur, quando alias habent propriam actionem contra eundem principalem debitorem; & conſequenter ceſſet regula l. id quod noſtrum, ff. de regulis iuris, & ſolum creditor tenetur actiones cedere, quando efficaces habet, ex ratione Cumani hic, quod tibi non nocet, & mihi prodeſt, teneris facere, Tradit nouiſſimè Anton. Faber, lib. 11. Coniect. cap. 14. Itaque exceptio cedendarum actionum creditori, tunc opponi poterit, quando vel aliàs fideiuſſores conuenti actione deſtituerentur contra debitorem; vel quando creditor talem actionem habet, quæ fortè vtilior erit fideiuſſoribus, quam mandati.

20 Et ſecundum † hanc veram reſolutionem procedit text. in d. l. Stichum, 95. §. penult. ff. de ſolutionibus, vbi propterea creditor repellitur a fideiuſſoribus conuentis per exceptionem cedendarum actionum: quia ſcilicet debitor omnimodo liberatus erat; ita vt iam cõtra illum creditor agere nequiret, nec etiam fideiuſſor, aut mandator, iuxta l. ſi fideiuſſor, 29. ff. mandati, & ideo text. dum inquit; repelli creditorem, quia vitio ipſius liberatus eſt debitor, debet ita intelligi, vt ex liberatione debitoris competeret exceptio mandatori, vel fideiuſſori contra creditorem petentem, iuxta d. §. penult. & itidem debitori contra mandatorem, vel fideiuſſorem, ſi perperam ſoluiſſent, iuxta d. l. ſi fideiuſſor: nam ſi debitor liberatus eſt tantum a creditore, iuxta terminos d. l. niſi, ff. de pactis, adhuc creditor contra mãdatorem, vel fideiuſſorem agere poteſt cum effectu: & ipſi habebunt regreſſum contra debitorem, a ceſſante ratione, d. l. ſi fideiuſſor: nam pactum creditoris non ſuſtulit obligationem mandati, quæ ſemper permanet contra debitorem; ſed tantum eximit perſonam debitoris ab obligatione, iuxta d. l. niſi; & pro-

pterea

pterea d. §. penult. quando repellit creditorē propter exceptionem cedendarum actionum, non dicit, quia pacto, aut facto liberatus eſt debitor: ſed quia culpa, & vitio creditoris liberatus eſt; quo caſu etiam in fauorem fideiuſſorum liberatio contingit, vtpote ab illo cauſam habentibus, qui ſimpliciter liberatur.

21 Æquitas † autem cedendarum actionum, etiam porrecta eſt ad plures fideiuſſores, vel mandatores, vt videlicet vni ſoluenti, debeant cedi actiones contra reliquos, l. fideiuſſoribus, 17. l. cum is, 36. l. fideiuſſores, 41. §. vlt. ff. de fideiuſſoribus, quaſi vendito nomine iuxta proximè relata iura: tunc, quod fideiuſſor ceſſis actionibus pro rata confideiuſſores poterit conuenire, gloſs. verbo nomina, in d. l. fideiuſſoribus, 17. & ibidem Doctores. Hæ autem niſi cedantur, quia fortè confideiuſſor ſolidū ſoluens non deſiderauit ſibi cedi, poſtea ſera penitentia erit, nihilque operabitur ſerotina ceſſio, innuit I. c. in l. vt fideiuſſor, 39. ff. de fideiuſſor.

22 Sicut † autem diximus, quod poteſt creditor liberare debitorem, ita vt ille ſolus eximatur, iuxta ſupra dicta, & tunc exceptio cedendarum actionum opponi nequeat; ita & maiori cum ratione poterit pacto liberare vnum ex fideiuſſoribus, & talis conuentio alijs non proderit, iuxta l. fideiuſſores, 23. ff. de pactis. Nec ijsdem tenebitur cedere actiones, nec conſequēter repelletur exceptione cedendarum, tum ob opinionem Dyni hic, qui putabat nihil obeſſe exceptionem cedendarum actionum contra confideiuſſores, quando poterat cedi contra principalem; tum etiam, quia ſicut potuit creditor non accipere plures fideiuſſores (niſi de alia conuentione conſtet) cum in ſecuritatem ſui debiti illos aſſumat: ita poterit eximere vnum, vel plures ab obligatione, qua tenentur, cum exceptio cedendarum actionum non competat fideiuſſori reſpectu confideiuſſorum; niſi quando ipſe fideiuſſor ſolidum ſoluit, & ſuperſunt alij fideiuſſores, quos creditor poterat conuenire, ſed non conuenit: vnde ſi eo tempore non ſuperſint, quia v. g. liberati ſunt; dicta exceptio non competet: nec tunc poterit fideiuſſore à creditore conuentus cauſari præiudicium ſibi illatum ex pacto de non petendo inito cū alio fideiuſſore: quia, vt probauimus, primo, & principaliter fauorem reſpiciebat creditoris, cui ipſe renunciauit præſtita liberatione.

Ex quibus apertè colligitur, quod licet text. noſter ſupponeret eodem tempore intereſſiſſe duos illos fideiuſſores, ſi tamen vnus pacto liberatus eſt, exceptio cedendarum actionum reſpectu alterius non competeret.

23 Pro coronide † tandem aduertendum eſt, prædicta duo beneficia diuiſionis, & cedendarum actionum eſſe diuerſa, vt conſtat ex ijs, quæ tradit Decius, conſil. 27. num. 1. & aliquando vnum competere altero non competente, ſecundum gloſs. verbo, deſiderare, in l. ſi fideiuſſores, 41. §. vlt. ff. hoc tit. de fideiuſs. vltra quam exemplificari etiam poteſt in eo, qui renunciauit beneficio diuiſionis, iuxta regulam l. penult. C. de pactis, vel illo vti non vult: poteſt tamen vti beneficio cedendarum actionum, iuxta l. vt fideiuſſor, 39. ff. de fideiuſſor. & ita per indirectum vtetur beneficio diuiſionis, cui renunciauerat, vel vti noluit; cum alter fideiuſſor conuentus ad virilē tantum portionem teneatur, ſecundum gloſs. verbo, nomina, in l. fideiuſſoribus, 17. ff. de fideiuſſoribus: ſi tamen vterque fideiuſſor renunciauerit beneficio diuiſionis: melior eſt cōditio prioris in ſolidum ſoluentis: nam poterit cogere creditorē, vt ei cedat actiones contra alterum fideiuſſorem, iuxta præcitata iura: quibus ceſſis, poterit confideiuſſorem conuenire, ab eoque propter dictam renunciationem totūm conſequi, quod ipſe ſoluerat, ſicut & contra debitorem principalem.

E conuerſo verò, ſi quis velit renunciare beneficio cedendarum (vt poteſt, ſecundum Decium, d. conſ. 27. nu. 1.) non verò diuiſionis, inutiliter renunciat: nam ſi diuiſione vti vult, fruſtra ageretur de cedendis actionibus, quæ non niſi ſolidum ſoluenti competunt. d. l. fideiuſſoribus, 17. l. ſi fideiuſſores, 41. §. vlt. ff. de fideiuſſor.

Quibus ſic præmiſſis, iam patet, quo pacto vltima ſuprapoſita ſententia reprobari debeat, & merito.

24 Infertur † etiam verus intellectus ad noſtrum text. eo prius ſuppoſito, quod in eo agebatur tantum de conuentione inita cum vno ex confideiuſſoribus reſpectu alterius, an ſcilicet, alteri prodeſſet. & propterea deciditur nulla exceptione ſummoueri creditorem ab vno ex confideiuſſoribus reſpectu alterius; quia videlicet creditor potuit liberare vnum ex illis, vt ſupra probauimus, ita vt iſtius reſpectu, iam nec diuiſionis, vel cedendarum actionum beneficium opponi poſſit, ex ſupradictis. Non tamen text. noſter inficiatur, quod dicta exceptio cedendarum potuiſſet opponi reſpectu debitoris, iuxta dictam legem Stichum, §. penult. ff. de ſolutionibus (de hoc enim text. noſter non agit.) niſi adhuc ipſe debitor ex conuentione aliqua eximatur, vt ſupra probauimus; Secundum quæ conſtat, quod poteſt creditor ita liberare reum, & fideiuſſores, vt vnus, qui reſtat, poſſit conueniri abſque beneficio diuiſionis, & cedendarum actionum:

Digitized by Google

num: dummodo tamen habeat regreſſum contra principalem reum, aliàs minimè, iuxta d. l. Stichum, §. penult. & ſecundum iſtum intellectum procedit ſuprapoſita opinio Dyni, quę tamen quoad beneficium diuiſionis, manca erat. Non tandem inficiatur text. noſter, competere fideiuſſori exceptionem pignoris transferendi, ex l. 2. C. de fideiuſſor. quia vt diximus, quæſtio hic ſolum vertitur circa confideiuſſores.

25 Cur † autem, pactum cum vno celebratū alteri confideiuſſori non prodeſt (vt etiam probat l. ſi ex duobus, 15. ff. de tut. & ration. diſtrah. l. 1. C. de tranſact.) proſit tamen datio, ſeu promiſſio ratione dicti pacti? in quo conſiſtit ratio dubitandi noſtri text. vt per gloſſ. hic, in vltimo Scholio. Et reſpondendum eſt, quod licet pactum non proſit confideiuſſori, & de rigore nec datio ex illo reſultans, nihilominus tamen æquitas non patitur, vt quis bis idem conſequatur reſpectu eiuſdē obligationis ſaltem effectualiter, iuxta regulā l. qui bis, 18. ff. de verb. obligat. & ideo doli exceptio competit, quæ locum habet, quando ceſſat exceptio pacti conuenti, ex regula l. reſcriptum, 10. §. vlt. & l. idem, 25. ff. de pactis.

26 Nec † obſtat l. videlicet, 26. ff. eod. tit. de pactis, vbi vt exceptio doli competat in defectum exceptionis pacti, requiritur, quod idem a partibus actum ſit, hoc eſt, vt partes de eo etiam paciſcantur, quaſi tunc quamuis pacti exceptio non competat, iuxta regulam l. quæcunq; gerimus, ff. de obligat, & act. competet tamen doli. Reſpondetur enim in d. l. videlicet, regulariter requiri, vt id actum ſit, aliquādo tamen ſuadente æquitate, ne bis idem exigatur, etiam ſine partium expreſſa conuentione id obtinebit; & ita in effectu tradit gloſſ. verbo, proderit, in l. ſi ex duobus, ff. de tutel. & ration. diſtrah. gloſſ. vlt. in l. 1. C. de tranſact. vbi reſoluit Decius, & Padilha, n. 4. Curtiun. nū. 31. Aretin. conſ. 29. & conſ. 66. Cuman. conſ. 24. præſertim, quia d. l. videlicet, loquitur in pacto gratuito, iuxta Rubr. ſub qua collocatur; text. verò noſter loquitur in ſpecie tranſactionis, quæ aliquo dato, retento, vel promiſſo celebratur, l. tranſactio, 38. C. de tranſact. iuncta gloſſa 1. in l. 1. C. eod. tit. de tranſact. vbi gloſſa vocat pactionem, quæ gratuito fit, tranſactionem verò, quæ aliquo dato, retento, vel promiſſo, ſecundum quam differentiam intelligitur d. l. videlicet, vt exceptio doli propter aliquod præcedens pactum gratuitum, alijs non competat, niſi actum ſit, ſecus in non gratuito, vt in noſtro textu.

27 Quid † dicendum eſt, ſi prædicta quinque (quorum meminit noſter text.) non fuerint ſoluta, ſed tantum promiſſa, an tunc competat exceptio confideiuſſori conuento? & videbatur dicendum, quod ſola fideiuſſoris ſolutione iuuetur confideiuſſor ad exceptionem doli opponendam, cum conſtet pactum illi non prodeſſe de rigore iuris.

Puto tamen, talem exceptionem indiſtinctè confideiuſſori prodeſſe, ſi tempore litis cōteſtatæ, quo tota viginti ab eo petuntur, alter fideiuſſor promiſſione liberatus, ſoluendo eſt quantitatem promiſſam: nam cum ea quinque quæ promiſit, ſubire videantur locum virilis partis, quæ liberato fideiuſſori incumbebat: ſicut fideiuſſor in ſolidum conuentus poteſt opponere diuiſionem, ſi ſoluendo ſit confideiuſſor, l. inter, ff. de fideiuſſor. §. ſi plures, Inſt. eodem tit. ita in terminis propoſitis, ſi reſpectu quinq; promiſſorum ſoluendo eſt olim liberatus fideiuſſor; liberabitur confideiuſſor ſoluendo tantum quindecim, & ſibi imputet creditor, qui tali promiſſione contentus fuit, ſi opportuno tempore, vel ante exactionem alterius, talia quinque non petierit; ne aliquo modo, vt plus conſequatur, creditori faueamus. Quam reſolutionem innuit I.c. dum ſuppoſito, quod quinque data erant, vel promiſſa ad tranſactionem ineundam, quoad effectum etiam ſummouendi creditoris, nihil diſtinxit, an data eſſent, vel tantum promiſſa: & ita indiſtinctè ob ſolam promiſſionem fideiuſsoris, creditor à confideiuſsore repelletur

Nec obſtat, quod pactum non prodeſt confideiuſsori, iuxta ſupra dicta: quia reſpondetur, id procedere in pacto ſimplici, non vero in pacto reſpectiuo, qualis eſt promiſſio dandi, qua creditor contentus fuit, & ex qua oritur actio. Atque ita reſoluendum eſt, ex promiſſione vnius ex fideiuſsoribus, liberatum eſſe vtrumque fideiuſsorem: alterum à petitione totius debiti, propter tranſactionem: alterum à petitione dictorum quinque.

28 Illud † non ineleganter aduerterem, quod ſi creditor paratus ſit cedere actionem ex promiſſione promanantem, tunc non eſse doli exceptione ſummouendum: nam de rigore iuris, pacto ſolus ille liberatur fideiuſsor, cum quo initum eſt; & licet ex æquitate illud, quod virtute pacti promittitur, proficiat confideiuſsori, qui aliàs manſit in ſolidum de rigore iuris obligatus, talis æquitas non patietur, vt creditori actionem cedere volenti, confideiuſſor non acquieſcat; quod videtur ſentire text. noſter a contrario ſenſu: nam propterea concedit doli exceptionem, quia dolo petit, qui bis eadem quinque habere vult, ſed in dictis terminis non vult habere bis idem, ergo ceſsare debet huius text. deciſio, in verſ. vlt. & dictus confideiuſsor ea ceſsa actione contentus erit,

cum

Digitized by Google

cum aliàs ob pactum, de rigore iuris beneficium diuiſionis illi non competeret, iuxta ſupra dicta.

SVMMARIVM.

An condicenti poſſeſſionem indebite traditam poſſit opponi exceptio proprij dominij. à nu. 1. vbi referuntur fundamenta affirmatiuæ ſententiæ.

Contrarium defenditur à nu. 2.

Explicatur l. 2. ff. de condict. tritic. nu. 3.

Qui vitiosè poſſeſſionem acquirit, non poteſt condicenti opponere exceptionem proprij dominij, quamuis ſit notoria. ibidem.

Explicatur l, indebiti, 15. §. ſed ſi numi, ff. de condict. indeb, nu. 4.

Explicatur obiter l, repetitio, ff. de condict. indeb. & l. de hæreditate. C. de petit. hæred: nu. 5.

Explicatur l. ſi in area, 33. in 2. reſponſo, ff. de condict. indeb. nu. 6.

In terminis l. ſi cum venderet, ff. de pign. act. ſi emptor pignoris per errorem poſſeſſionem tradiderit antiquo debitori, poterit eam omninò repetere. num. 7.

Poſſeſſionem amiſſam etiam citra vitium furti, vel violentiæ, poſſe repeti condictione triticaria, contra plures defenditur. nu. 8

Explicatur gloſs. verbo, rem, in l. 1 ff. de condict. triticar. ibidem.

Condictio triticaria poteſt competere ad recuperandam poſſeſſionem amiſſam, ſicut & Publiciana. ibidem. ad finem.

An nominatio emphyteutica ſuaptè natura reuocabilis fiat irreuocabilis per reſeruationem vſusfructus; ſuppoſito, quod tranſlato omni iure emphyteutico, aliàs irreuocabilis ſit? à nu. 9. & affirmatiuè reſoluitur. à nu. 10.

Traditio in dubio cenſetur fieri ratione tituli præcedentis. d. nu. 9.

Reſeruatio vſusfructus eſt modus fictus traditionis, ibidem.

Per reſeruationem vſusfructus transfertur rei dominium in alium ratione tituli præcedentis. numero 10.

Traditio ficta, quæ reſeruationi vſusfructu ineſt, non eſt ſimplex. nu. 11.

Explicatur Ord. Luſitana, lib, 4. tit. 37. §. 1. num. 12.

Vſusfructus, qui ab emphyteuta nominante reſeruatur, non eſt ius aliquod emphyteuticum. ibidem. ſed potius illi contrarium. num. 13.

Reprobatur quædam opinio Luſitani Caldas. d. numero 13.

Reprobatur altera eiuſdem Caldas opinio. nu. 14.

Nominans reſeruando ſibi vſumfructum, quamuis nominatus præmoriatur, iam amplius non poteſt nominare. ibidem.

Ad nominationem emphyteuticam cum reſeruatione vſusfructus factam, requiritur, vt dominus directus certioretur. nu. 15.

Quando omne ius emphyteuticum in aliquem transfertur, requiritur domini certioratio. ibidem.

CAPVT XV.

An condicenti poſſeſſionem indebitè traditam, opponi poſſit exceptio dominij? & vtrum emphyteuta, qui nominauit reſeruato ſibi vſufructu, poſſit iterum nominare, ſi nominatio ei vſque ad mortem concedatur? ſuppoſito, quod tranſlato omni iure emphyteutico in nominatum, non poſſit nominans amplius nominare, vt aliàs conſtituitur apud Luſitanos. Ord. lib. 4. tit. 37. §. 1. de cuius intellectu agemus.

1 QVod attinet † ad primã quæſtionem, reſpondet Alexand. in l. ſi alienã, nu. 8. ff. ſoluto matrim. poſſe à domino, cui rei propriæ poſſeſſio indebitè tradita eſt, exceptionem dominij opponi. Quem ibidem ſequitur Luſitanus Petrus Barboſa, à nu. 35. & clarè, nu. 38. verſ. ſecunda concluſio, vt videlicet, ſi per actionem perſonalem (conceſſam extra id, de quo actũ fuit) agatur aduerſus dominum poſſidentem, poſſe hunc opponere de proprio dominio.

Quod probant in primis ex regula l. repetitio, ff. de condict. indeb. & l. de hæreditate, C. de petit. hæredit. vbi ceſſat condictio, quando ex parte conuenti recipitur quod ſuum eſt.

Deinde magis in ſpecie id comprobat Barboſa, vbi ſupra, nu. 36. ex l. ſi in area. 33. in ſecundo reſponſo, ff. de condict. indeb. ibi: *Sed etſi quis, qui in aliena area ædificaſſet, ipſe poſſeſſionem tradidiſſet; condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, ſed ſuam rem dominus habere incipiat.* &c. ergo condicenti poſſeſſionem indebite traditam, vtiliter opponitur exceptio dominij.

2 Verum † contrarium tenendum eſt; immo, quod ſi poſſeſſio indebitè tradita eſt, omninò repeti poteſt, ſecluſa omni exceptione dominij. Quam opinionem originariè expreſſit Ripa, in Rubr. nu. 5. ff. de interdictis. Zaſius, in d. l. ſi alienam, nu. 10, Menoch. de recuper. remed. 2. nu. 8.

Quorum

Quorum ſentẽtia comprobatur, in primis, nam poſſeſſio nihil commune habet cum proprietate, l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquir. poſſeſ. & ita poſſeſſionis cauſa ſeorſim poteſt conſiderari, vt poſſeſſio vnius, ſit alterius dominium: & id ſupponunt termini noſtræ quæſtionis, vbi diſputamus de poſſeſſione vero rei domino indebitè tradita, ergo perperam opponeretur exceptio dominij, quæ non minuit ius condicentis; aliter reſoluendum foret, ſi poſſeſſio deberetur domino rei, vt inferius tangemus.

3 Deinde † id communiter ſuadetur ex l. 2. ff. de condict. triticaria. ibi: *Sed ita ſi dominus ſit, qui deiectus condicat. Ceterum ſi non ſit, poſſeſſionem eum condicere Celſus ait:* Vbi agẽs I. c. de condictione triticaria, videlicet perſonali ciuili ad recuperandam poſſeſſionem: inquit non obeſſe, quod condicens dominus nõ ſit, & conſequenter ſupponens non poſſe opponi exceptionem dominij.

Nec minuit hoc fundamentum reſponſio Alex. d. nu. 8. quem ſequitur Barboſa, vbi ſupra, nu. 35. in fine, qui reſoluunt, propterea d. l. 2. ff. de condict. tritic. innuere exceptionem dominij non excludere condictionem, quia intelligi debet de dominio tertij, non verò de dominio conuenti, qui excipit: nam iſta reſponſio meram continet cauillationem, & enormiter reſtringit generalitatem d. l. 2.

Vnde melius euitari poſſet argumentum d. l. 2. ex ijs, quæ tradit idem Alex. d. nu. 8. verſ. loquitur tamen, vt videlicet, quando poſſeſſio peruenit ad dominum rei cum vitio, non poſſit ab eo opponi exceptio proprij dominij, iuxta l. ſi quis ad ſe fundum, C. ad leg. Iul. de ui publica, quamuis ſit notoria, vt in profanis probat l. ſequitur, §. ſi tu ui, ff. de vſucap. §. recuperandæ, in fine, Inſt. de interdictis, l. 1. §. & parui, vbi Bart. ff. quod vi aut clam. Oldrad. conſ. 1. nu. 10. Gabriel. lib. 5. commun. ſub tit. de reſtit. ſpoliat. Concluſ. 1. nu. 9. plures referens ſequitur Barboſa, in d. l. ſi alienã, nu. 34. cum autem in terminis d. l. 2. conſtet de vitio poſſeſſionis, vtpote violenter oblatę, nihil mirum quod exceptio proprij dominij reijciatur.

4 Tandem id † ſolet confirmari ex l. indebiti, 15. §. ſed ſi comuni, ff. de condict. indeb. ibi: *Sed etſi poſſeſſionem tuam feciſſem, ita vt tibi per longi temporis præſcriptionem auocari non poſſit; etiam ſic rectè tecum per indebiti condictionem agerem;* &c. vbi exceptio proprij dominij non impedit poſſeſſionis repetitionem.

Huic tamen fundamento facilè ſatisfit ex gloſſa, ibidem, verbo, agerem, quam in effectu ſequitur Alex. d. nu. 8. Barb. vbi ſupra, nu. 35. quod nempè ille, qui dominium vſucapione quæſiuit, non ſibi, ſed poſſeſſionem tradenti quæſiuit, qui cauſam dedit poſſeſſione tradita, iuxta l. ſi alienam, 13. in princip. & l. qui alienam, 43. ff. de donat. cauſa mort. quo caſu, vt optimè aduertit gloſſa, d. verbo, agerem; non condicit ſimplicem poſſeſſionem, ſed rem pleno iure, cum eidem condicenti dominium quoque cauſaliter debeatur, vt innuit text. ibi: *Etiam ſic rectè tecum per indebiti condictionem agerem;* &c.

Si tamen indebitum recipiens, de quo in d. §. ſed ſi numi, aliundè, quam mediante poſſeſſione, dominium quæſiuiſſet, ita, vt adhuc poſſeſſio indebitè tradita cenſeretur, repeti omnino poſſet, quidquid generaliter contradicat Barboſa, d. nu. 35. ad finem. ſecus ſi iam debita poſſeſſio ferет, quamuis per errorem traderetur.

Quamquam autem præfatis iuribus, quæ pro hac 2. ſententia adducuntur, fuerit ſatis factum; illa tamen in ſe veriſſima eſt, vt eum cit primum fundamentum, quando videlicet indebitè tradita eſt, & iuſtè pertinet ad tradentem, vt innuit Paul. Caſtr. in d. l. ſi in area, nu. 2. & Iaſ. ad finem, ff. de condict. indeb.

5 Nec obſtant † quæ pro contraria parte ſupra ſunt adducta: nam ad primum ex d. l. repetitio, & d. l. de hæreditate, (vltra quam oppoſitum videatur docere I. c. in l. ſi pœnæ, §. 1. ff. de condict. indeb.) reſponde in primis, præcitata iura procedere, etiam quãdo dominiũ, & poſſeſſio cauſaliter proceſſit ab eo, cui repetitio denegatur, quo caſu præcitati Doctores omninò admittunt liberam repetitionem, vt conſtat ex ijs, quæ tradit Alex. in d. l. ſi alienam, nu. 8 Barboſa, ibidem, nu. 35. ergò non rectè inde ducitur argumentum ad materiam ſubiectam.

Deinde in præcitatis iuribus non opponitur ſimpliciter de proprio dominio, ſed potius de re ſibi debitè recepta: contrarium innuentibus, ſi indebitum receptum eſſet, ergo apertè contra præcitatos patres retorquetur, vt videlicet, quando poſſeſſio indebitè tradita eſt, etiam a vero rei domino repeti omninò poſſit, nulla remorante dominij exceptione.

Cur autem in proximè relatis iuribus non poſſit repeti id, quod à vero debitore ſolutum non eſt, cum contrarium decidat d. l. ſi pœnæ, §. 1. ff. de condict. indeb. latè aptiori loco videbis in interpretamentis ad I. c. Africanum, quæ annuente numine, cum per tempus licuerit, euulgabimus.

6 Non † obſtat tandem d. l. ſi in area, facilè namque reſpondetur, poſſeſſionem, de qua ibi agebatur, non eſſe indebitam reſpectu domini rei; quinimmo ratione ſoli debitam, vt exprimit text. ibi: *Nihil accipientis faceret;* &c.

&c. licet interim bonæ fidei poſſeſſor ratione expenſarum rem potuiſſet retinere, §. certe illud, Inſt. de rerum diuiſ. ſi tamen etiam per errorem poſſeſſionem tradat, non poteſt repetere, quia debitum tradidit: nam & expenſæ factæ in ſolo alieno cedunt ſolo, §. ex diuerſo, (cum vulgarib.) Inſt. de rerum diuiſ. & conſequenter illarum poſſeſſio ſtatim domino rei debebatur: & iuſto poſſeſſori expendenti ſola retentio permittebatur, ad effectum conſequendarum expenſarum fauore bonæ fidei, d. l. ſi in area, in fine.

Vnde colliges, quod quotieſcuuque poſſeſſio debita eſt vero domino, licet à poſſeſſore retineri poſſet, tradita, omninò non repetitur; quamuis per errorem tradatur: quia error non facit indebitè traditum, quod à iure debitum eſt: ſi tamen indebitè tradatur per errorem, repetenda venit, iuxta ſupra dicta.

7 Quæ † reſolutio vtiliter exemplificari poteſt in terminis l. ſi cum venderet, ff. de pignor. act. vbi ſola poſſeſſiio erat penes emptorem pignoris, qui iuſtè poſſidebat, etiam reſpectu veri domini, qualis adhuc erat antiquus debitor, vt patet ibi: *Sed & ipſe debitor aut vendicare rem*; &c. iuncta l. in rem actio, ff. de reiuindicat. in quibus terminis, ſi prædictus emptor per errorem veteri debitori & ſimul uero eiuſdem rei domino poſſeſſionem indebitè tradet, quia ſcilicet ipſe debitor non vult vel non poteſt debitam pecuniam ſoluere (qua ſoluta licebat ab emptore remillam recipere) nemo dicet emptorem oppoſita à debitore exceptione dominij fore repellendum à poſſeſſionis condictione.

8 Obiter † notabis in hac materia, quantum à veritate recedat Barboſa, & plures, quos refert, in d. l. ſi alienam. n. 37. ff. ſoluto matrim. dum inquiunt poſſeſſionem ſemel amiſſam non poſſe repeti triticaria condictione, excepto caſu furti, & violentiæ, de quo in l. 2. ff. de condict. tritic. quaſi quod extra hunc caſum non ad recuperandam, ſed ad adipiſcendam dumtaxat poſſeſſionem condictio triticaria competat: hoc namque falſum eſt, & ratio, cui innititur: Ex eo enim mouentur relati patres, quia ſicut hæc condictio domino non datur extra duos caſus, de quibus in l. 1. §. vlt. ff. de condict. triticar. ex ratione §. ſic itaque, Inſt. de actionibus: ita etiam nec ad poſſeſſionem, quæ ſua fuit. Verum hæc comparatio eſt à diſparatis: nã re dimiſſa, & penes aliquẽ tertium detenta, dominium remanet penes eundem dominum; ac proinde nihil, mirum quod ceſſet condictio competente vindicatione. At poſſeſſione ſemel amiſſa, iam tunc non poteſt conſiderari in antiquo poſſeſſore, & quando petitur, non vt popria condicitur, ſed vt debita tantum: vnde nihil mirum, quod etiam in hoc caſu competat condictio triticaria ad recuperandam poſſeſſionem extra vitium furti, aut violentiæ.

Nec contrarium docet gloſſ. verbo, rem, in d. l. 1. ff. de condict. tritic. quidquid perperam exiſtimet Barboſa, vbi proximè, gloſſa enim loquitur in ſeruitute, & in terminis, in quibus ius reale, vel dominium remanet in repetente; & ita ceſſat cõdictio triticaria. At poſſeſſio ſemel amiſſa non poteſt conſiderari eadem in amittente; & ideo non petitur res propria, ſed debita.

Vnde illud notabile, deducetur, quod in hoc caſu (quando ſcilicet ſumus extra caſum furti, & violentiæ) poteſt concurrere condictio terticaria, cum Publiciana, quæ competit ad recuperandam poſſeſſionem caſu amiſſam, iuxta tit. ff. de Publiciana, & §. namque ſi cui, Inſt. de actionibus.

Ad ſecundam quæſtionem.

9 NOminationem † emphyteuticam ex ſe reuocabilem, non fieri in vita irreuocabilem per ſolam vſusfructus reſeruationem, quamuis per totius iuris emphyteutici tranſlationem fieri irreuocabilem putent, tenuerunt *Luſitanus* Caldas, in tract. de poteſtate nominandi, cap. 4. num. 30. & ſeq. in verſ. ſit igitur, Aluarus Vallaſcusitem Luſitanus Senator. conſ. 102. num. vltimo.

Mouentur hi patres ex eo, quia traditio ſecuta efficit irreuocabilem præcedentem nominationem ſuaptè natura reuocabilem, cum actui præcedenti conformetur, lege Lucius, 22. ff. de legatis 2. Latè comprobat Cald. dicto capitolo quarto, numero decimoſexto, & decimooctauo, & tandem id peculiariter in nominatione concludit numero 22. At reſeruatio vſusfructus eſt modus fictus traditionis, vt notatur in l. quod meo, ff. de acquir. poſſeſſ. Gomez in l. 45. Tauri, numero *63.* plurimos refert Caldas, dicto capitolo quarto, numero *31.* ergo non debet plus operari, quam uera traditio.

Deinde id apud Luſitanos ſuadere videtur Ord. lib. 4. tit. *37* §. 1. ibi: *Traſpaſſando em ſua vida*; &c. iunctis ſequentibus, ibi: *poſtoque para sy reſerue o vſu fruto*; &c. id eſt, quamuis ſibi reſeruet vſumfructum, &c. quibus uerbis oſtendi videtur, non ſufficere vſusfru-

ctus reſeruationem; ſiquidem Luſit. legiſlator requirit tráſlationem iuris emphyteutici, licet vſumfructum emphyteuta reſeruet.

10 Ceterum † his non obſtantibus, contrariũ verum eſt, immo ſufficere ſolam vſusfructus reſeruationem, vt totum ius emphyteuticum cenſeatur translatum, & conſequenter irreuocabilis facta nominatio: nam certum eſt per reſeruationem vſusfructus dominium tranſire mediante ficta traditione, vt probat text. iuncta gloſſ. in l. quiſquis, C. de donat. Decius, conſ. 432. nu. 1. Pariſius, conſ. 90. nu. 24. & conſ. 88. nu. 95. lib. 3. Tobias Nonius, conſ. 1. nu. 6. Gomez d. l. 45. Tauri, num. 63. ergo ſi emphyteuta nominauerit ſeruato ſibi vſuſfructu, ius emphyteuticum, hoc eſt, dominium vtile neceſſariò transfert, & omnia iura inde pendentia, & conſequenter conſtat irreuocabilem manſiſſe nominationem, quaſi omni iure emphyteutico translato in nominatum.

Idque vlterius ratione ſuadeo, quia vſusfructus non poteſt dari in re noſtra, iuxta l. uti prædia, ff. communia præd. princip. Inſt. de vſufruct. ibi; *Vtendi fruendi rebus alienis*; &c. ergo, qui vſumfructum reſeruat, per neceſſarium antecedens, efficit rem alienam: vt vſusfructus conſiſtat, ſi efficit alienam, iam recte ſupponitur, ab emphyteuta vtile dominium, quod habebat, fuiſſe translatum; ne cogamur dicere reluctante iure apud vnum, eundemq; manere ſeruitutem, & dominium in eadem re; & ita apparet per ſolam reſeruationem vſusfructus omne ius emphyteuticum transferri, & conſequenter nominationem effici irreuocabilem, ſecundum Ord. d. §. 1. ibi: *Traſpaſſando*; &c.

11 Nec † obſtant, quæ ſupra in contrarium adduximus: nam ad primum reſpondetur, quod licet alias reuocabilis nominatio traditione ſecuta non fiat irreuocabilis, nihil tamẽ inde contra nos infertur; quia traditio vera, vel ficta, ſi ſimplex eſt, ſolum cenſetur facta ratione tituli præcedentis, vt probatum manet. At ficta traditio, quæ ineſt reſeruationi vſusfructus, non eſt ſimplex, immo neceſſariò inuoluit translationem vtilis dominij, quod nequaquam poteſt manere in eodem emphyteuta, iuxta ſupradicta; ergo nihil mirum, quod per reſeruationem vſusfructus fiat irreuocabilis. Nec inde argui poteſt, quod plus operetur traditio ficta, quam vera, id enim negamus: quia nos non dicimus reſeruationem vſusfructus plus operari, quatenus traditio ficta eſt, ſed quatenus ſupponit neceſſariò translationem vtilis dominij, propter incompatibilitatem ſeruitutis.

12 Non † obſtat ſecundum ex ponderatione Ord. d. §. 1. ibi: *Poſtoque para ſy reſerue oſſufructo*; &c. nam ibidem non dubitatur, an per reſeruationem vſusfructus, transferatur, vel non transferatur ius emphyteuticum: ſed tantum diſcutitur, an aliquod maneat; & conſtituit Ord. d. §. 1. nullum ius emphyteuticum manere, quando in nominatione reſeruatur vſusfructus, iuxta regulam l. recte dicimus, 25. ff. de verb. ſignific. nam dominium vtile, in quo conſiſtit ius omne emphyteuticum, translatum omninò eſt, quamuis vſusfructus maneat, vt probat Imp. in §. alienus ſeruus, Inſt. de hæred. inſtit. ibi: *Alienus ſeruus etiam is intelligitur, in quo vſumfructum teſtator habet*; &c. decidit ergo Ord. quod eo caſu, quo omne ius emphyteuticum fuerit translatum, nominatio manet irreuocabilis, quamuis reſeruetur vſusfructus: quia adhuc verum eſt dicere, totum ius emphyteuticum eſſe translatũ, cum vſusfructus non ſit ius emphyteuticum, ſed potius conuentionale, promanans ſcilicet à partium conuentis. Et hunc ſenſum præſtitit olim præſtantiſſimus quidam Senator Luſitanus, quem refert Caldas, d. cap. 4. nu. 31. Conſtat igitur Ord. Luſitanam non dubitare, quin per reſeruationem vſusfructus transferatur vtile dominium emphyteutæ; ſed dumtaxat decidere, ipſum ius vtendi, fruendi, quod remanet, non eſſe emphyteuticum: & ita magis iuuare noſtram reſolutionem, quam deſtruere, eo maximè, quia Ord. in d. §. 1. nõ præſtat aliquam ſolennem verborum formulam circa translationem iuris emphyteutici, vt perperam aliqui opinabantur, quos meritò damnat Caldas d. tract. de poteſt. nomin. cap. 4. nu. 32.

13 Ex † quibus iam Primò infertur, lapſum fuiſſe doctiſſimum Caldas, dicto numero trigeſimoſecundo, dum inquit, quod ad effectum, vt quis per reſeruationem vſusfructus cenſeatur transferre omne ius emphyteuticum, quod habet, requiritur, vt apponat aliquam dictionem taxatiuam, verbi gratia nomino Titium, & ex nunc mihi vſumfructum dumtaxat reſeruo; quaſi tunc (ille inquit) cenſeatur cetera iura emphyteutica transferre, virtute taxatiuæ. Decipitur, inquam: quia per ſolam vſusfructus reſeruationem, neceſſariò transfert vtile dominium, iuxta ſupradicta, & conſequenter ius quodvis emphyteuticum ab illo vtili dominio profluens, vtpote acceſſorium; Si igitur per reſeruationem vſusfructus neceſſario excluditur vtile dominium, quod eſt fundamentale ius emphyteuticum, à quo cetera pendent, cur requiritur aliqua dictio taxatiua vltra dictam reſeruationem,

Nec

Nec replicari poteſt, vſumfructum eſſe ius emphyteuticum, & ob id neceſſariam eſſe taxationem, vt illud tantum videatur relictum. Quia reſpondetur, non eſſe ius emphyteuticũ, nec competens emphyteutæ, qua tali, hoc eſt, tanquam domino vtili: nam iſte vſusfructus, qui reſeruatur, eſt ad inſtar ſeruitutis ex conuẽtione partium reſultantis, vt inquit text. in d. l. recte dicimus, ff. de verb. obligat. Imp. in §. ſi cui fundus, Inſt. de legatis, & diſtinguitur eſſentia ab eo, quem cauſalem dicimus, & quem plenus dominus excercet; & tanquam ſeruitus non poteſt ſimul ſtare cum dominio, d. princip. Inſt. de vſufr. ergo non eſt ius emphyteuticum; ſiquidem non eſt in iſto emphyteuta, tanquam in vtili domino, nec exiſtere poteſt. Et cum conſtet, ius hoc vtendi fruendi non eſſe emphyteuticum, ſed potius conuentionale, & vt probauimus, repugnans vtili dominio, & ab eo dependentibus, iam ſequitur taxationem non rectè procedere, cum excluſorum, & remanentium non ſit natura eadem; quanto magis, quod ipſa ſimplex vſusfructus reſeruatio eſt excluſiua iurium emphyteuticorum, vt manifeſtè oſtendimus.

24 Infertur † deinde, lapſum fuiſſe eundem Caldas, vbi ſupra, cap. 9. nu. 12. à med. vbi inquit, quod facta nominatione cum reſeruatione vſusfructus, ſi nominatus prædecedat, non ipſe, ſed antiquus nominans poſſit iterum nominare. Hoc enim falſum eſt, quia cum iuxta ſupradicta per reſeruationem vſusfructus totum ius emphyteuticum transferatur; translato autem omni iure emphyteutico, nõ poſſit, qui nominauerat, amplius nominare; ſed potius nominatus. Ord. Luſitana d. lib. 4. tit. 37. in princip. Caldas, d. cap. 9. nu. 9. manifeſtè ſequitur, prædictum nominatum in ſuum locum alium nominare poſſe; ac ſi ipſe iam omnimodo emphyteuta eſſet.

25 Infertur † tertiò ad hanc nominationem, cum reſeruatione vſusfructus, neceſſariam eſſe autoritatem domini directi, illiusque certiorationem: nam cum ad translationem iuris emphyteutici, requiratur dicta certioratio, tradit gloſs. & Bart. in l. vltima, C. de iure emphyt. Imola, in cap. potuit, colum. quarta extra, de locat. ſaltem ad effectum, de quo Iaſ. in dicta lege vltima, numero 63. verſiculo non obſtat tertium fundamentum. Latè Luſitanus Cabedo, deciſ. 103. numero tertio, in primo tomo, & in prædictis terminis totum ius emphyteuticum transferatur, iuxta ſupradicta, ſequitur neceſſariam eſſe dictam certiorationem.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu & materia §. optionis, Inſt. de legatis, à nu. 1. per tot.

Triplex aſſignatur genus legatorum, in quibus electio continetur, nu. 2.

In legato generis, & alternatiuo electio eſt legatarij in dubio, ex voluntate tamen defuncti hæredi competit, nu. 3.

Obiter intelligitur l. Titio vſusfructus, 21. ff. de vſufr. legato. ibidem.

Legatum optionis quatenus tale, ſemper electionem tribuit legatario. ibidem.

In legato optionis electio venit principaliter, in alijs verò conſecutiuè. nu. 4.

Legatum optionis in ſe continebat conditionem, numero 5.

Conditiones tacitæ, ſi exprimantur, non faciunt legatum conditionale, nu. 6 quod declara, nu. 13.

Proponitur, & reprobatur Balduini *interpretatio. num. 7.*

Cur electio legati generici, & alternatiui hæredi legatarij de rigore ſemper competierit. nu. 8.

In legato optionis optimum eligi poteſt. nu. 9.

Explicatur l. vlt. §. 1, C. communia de legatis. ibidem.

Explicatur l. ſi hæres generaliter, ff. de legatis 1. num. 10.

Explicatur l. 2. ff. de opt. legata. ibidem.

In legato generis mediocre eligitur. ibidem.

In omni legato, pro quo electio competit, ante electionem non conſtat ſpecialiter de re legata. nu. 11.

Triplex aſſignatur genus conditionum tacitarum, numero 12.

Conditio tacita, quæ inerat legato optionis, illud efficiebat intranſmiſſibile. nu. 14.

Cur legatum alternatiuum, & genericum, ſemper fuerit tranſmiſſibile, non obſtante tacita conditione eligendi. nu. 15.

Quando legati alternatiui electio competit hæredi teſtatoris, legatum non eſt ſimpliciter tranſmiſſibile num. 16. quod tamen notabiliter declara in ſummis legatis, vel tempore nu. 17.

Explicatur l. ſi ita relictũ, 43. §. 1. ff. legatis 2. ibidẽ.

Altera ratio refertur, ob quam legatum optionis erat intranſmiſſibile nu. 18.

Explicatur l. illud, aut illud, ff. de opt. legata. num. 19.

Latè, & eleganter explicatur l. ſi domino, 99. ff. de legatis 1. à nu. 20.

Explicatur l. ſi Pamphilo, 10. ff. de opt. legata, nu. 21. & ſeq.

Legatum generis in ſe purum eſt. nu. 22.

In legato generis, quod ſeruo relinquitur, poteſt dominus eligere. ibidem.

Optio ſerui eſt actus legitimus. ibidem, quod declara, nu. 23. in fine.

Obiter explicatur l. nemo alieno nomine 165. ff. de regulis iuri. d. nu. 22.

Digitized by Google

Refertur, & reprobatur quædam opinio, & interpretatio Petri Fabri in Semeſtribus, n. 23.

Libertus non acquirit eius quondam domino. ibidem.

In legato optionis non eſt hodie ſublata conditio. n. 24.

Explicatur l. ſi eros, 11. ff. de opt. legata, n. 25.

Optio legata inutiliter exercetur ante aditam hæreditatem. ibidem.

Explicatur vtiliter l. ſi ſeruus, 21. ff. de acquir. rerum dominio, n. 26.

Cur Imp. tranſmiſſibile effecerit legatū optionis, n. 29.

Si hodie expreſſerit teſtator conditionem, quæ ineſt legato optionis, non erit tranſmiſſibile. ibidem.

Legatum optionis non poterat cadere in res alienas; contra Balduinum defenditur, n. 30.

Legatum vindicationis in res alienas cadere non poteſt. ibidem.

Explicatur l. 2. §. data, ff. de opt. legata, n. 31.

Explicatur l. apud Aufidium, 20. ff. de opt. legata, n. 32.

Explicatur l. penult. ff. de optione legata, n. 33

Legatum alternatiuum in ſe vnicum eſt, n. 34.

Explicatur l. ſi quis ſeruum, 8. §. 1. ff. de legatis, 2. n. 35 cum ſeq. legatum, quod ex voluntate legatarij eſt tranſfuſiuum, duplex in ſubſtantia, vnicum verò in effectu, n. 36.

Explicatur lex cum ſine præfinitione, 19. ff. de opt. legata. ibidem.

C A P V T XVI.

Ad Cæſarem in §. optionis, Inſt. de legatis.

1 VBi ita † ſcribit Iuſtin. *Optionis legatum, id eſt, vbi teſtator ex ſeruis ſuis, vel alijs rebus optare legatarium iuſſerat, habebat olim in ſe conditionem, & ideo niſi ipſe legatarius viuus optaſſet, ad hæredem legatum non tranſmittebat. Sed ex conſtitutione noſtra, & hoc in meliorem ſtatum reformatum eſt; & data eſt licentia hæredi legatarij optare ſeruum licet viuus legatarius hoc non fecerit.*

Hoc documentum tacitè ſubintelligitur in conſtitutione l. vlt. C. communia de legatis, dum ibidem agitur de optione per hæredes facienda, de quo etiam agit Imp. hic, in verſ. ſeq.

Verum contra Cæſarem facit primò l. ſi Pamphilo, 10. & lex illud aut illud, ff. de optione leg. vbi probatur, olim optionem in hæredes tranſmitti.

Deinde obſtat, quia conditio, de qua hic, eſt tacita, vt patet ibi: *Habebat olim in ſe conditionem*; &c. & aliquos antiquos Codices id exprimere teſtatur Balduinus hic; idque vt indubitatum tradit Theophilus in præſenti. At conditiones tacitæ non impediunt traſmiſſionem, l. 3. ff. de legatis 1. ergo, &c.

2 Pro vera † explicatione huius text. præmittendum eſt, in iure triplex eſſe legatum, in quo optio, ſiue electio conſideratur. Primum eſt, legatum generis, in quo datur electio, iuxta §. ſi generaliter, Inſt. hoc tit. de legatis. Secundum eſt, alternatiuum, iuxta l. qui duos, 20. ff. de legatis primo & l. ſi is cui, 19. l. Lucio, 33. ff. de legatis 2. Tertiū eſt, hoc, quod ſpecialiter dicimus optionis, & hinc, prouenit, quod tria hæc legatorum genera continentur ſub tit. de optione legata, vt de legato generis, in l. 2. l. ſi Pamphilo, 10. l. ſeruo generaliter, 12. & l. homine, 18. & de alternatiuo eſt text. in l. illud aut illud, ff. de opt. legata.

5 Inter quæ † legandi genera, prima differentia eſt, quod in primis duobus electio in dubio eſt legatarij, iuxta præcitata iura; aliquando tamen competit hæredi, l. ſi hæres generaliter, 110. ff. de legatis 1. l. hæredes, §. idem eſt, ff. fam. erciſcund. in alternatiuo eſt text. in l. ſi is cui, 19. ad finem, ff. de legatis 2. l. ſi vſusfructus, 14. quando dies legati, vbi legatarius eligit; aliquando tamen hæres, ſi id exprimitur à teſtatore, vt in l. cum ita legatum, 16. ff. quando dies legati; & ita debet accipi l. Titio vſusfructus, 20. ff. de vſufructu legato. Cuiac. ad Vlpian. in fragmentis, tit. 24. §. optione; At optionis legatum ſemper electionem legatario tribuit, & propterea dicitur optionis legatum, quaſi ipſa electio legetur, vt patet ex hoc textu, & toto tit. ff. de opt. legata. Nec aliter à teſtatore diſponi poteſt, quin alteretur natura huius legati, niſi in tertium dirigatur, iuxta l. vlt. §. 1. C. communia de leg.

4 Deinde † in duabus prioribus ſpeciebus electio venit tacitè, & conſecutiuè: in optionis verò legato, venit principaliter, & expreſſè, vt eleganter innuit Vlpian. in Fragment. tit. 24. §. optione, explicat Anton. Faber, lib. 6. Coniectur. cap. 1. pag. penult.

5 Ex quibus infertur ratio, ob quam optionis legatum, in ſe continebat conditionem, quod vno tantum Digeſtorum loco ſignificatur, ſcilicet, in l. ſi optio, 13. ibi: *Quaſi purè*; ff. de opt. legata: nam cum electio ipſa legaretur, opus erat, vt legatarius eligeret, argumento text. in l. ſi ita legatum, 65 §. illi, ſi volet, ff. de legat. 1.

6 Ceterū † illud faceſſit negotium, quod hæc conditio tacita eſt, vt probauimus: conſtat autem conditiones tacitas, etiamſi exprimatur, non efficere actum conditionalem, vt expreſſit I. c. in l. 3. ff. de legatis 1. l. quod pure legecum illud, §. 1. ad finem, l. ſi dies 21. l. ſi Titio, §. quedā, ff. quando dies legati, l. conditiones, 99. l. aliquando, 107. ff. de cond. & demonſt. ergo

per-

172

perperam docebat ius antiquum, optionem non tranſmitti.

7 Balduinus † hic, n. 7. fatetur quidem ex prædicta regula tranſmiſſionem optionis legatæ non impediri: quaſi conditio tacita transmiſſioni non obſit; ex eo tamen non tranſmitti optionem, quia perſonæ cohærebat.

Sed hæc Balduini reſponſio quoad primum membrum falſa eſt, ex infra dicendis, cum ſimpliciter procedat; quoad ſecundum verò, non ſatis ſtat: quia licet hæc electio cohæreat perſonæ, iuxta ea, quæ eleganter tradit Petrus Faber, lib. 2. Semeſtr. cap. 22. pagina antepenult. cum præced. cum tamen in generali legato, & alternatiuo competat electio, & non aliàs quidquam legatum cenſeatur ante electionem: quia vtrique conditionem inesse oſtendit I. c. in l. 3. ff. qui, & à quibus, notat gloſſa, verbo, duæ perſonæ, in l. ſi Pamphilo, ff. de optione legata, & nihilominus tranſmittuntur, vt in generali legato patet, ex d. l. ſi Pamphilo, & in alternatiuo ex d. l. illud, aut illud, ff. de opt. legata. Idem etiam in optionis legato dicendum videbatur.

8 Pro † huius igitur dubij enodatione aduerte primò, de tranſmiſſione electionis, quæ datur in alternatiuo legato, hæredem nequaquam queri poſſe; quia cum exprimatur à teſtatore res, ex quibus electio fieri debet; parum, aut nihil præiudicij habet; quod fiat ab hoc, vel illo eligente: quælibet enim res eligatur, iam eadem apparet in legato expreſſa. Similiter in legato generico, ſiue electio competat hæredi, ſiue legatario, ſemper preſtandum eſt, l. ſi hæres generaliter, ff. de legatis primo, cum alijs, de quibus Doctores in §. ſi generaliter, Inſt. de legatis, & in l. legato generaliter, ff. de legatis primo, vbi videre eſt huius regulæ declarationes aut limitationes. Et in mediocri eligendo parum perſonalis induſtriæ requiritur; prope nihil enim refert, quod hæc electio ab vno, vel alterio fiat, cum ſolum diuerſitas electionis debeat cadere in mediocre.

9 At † in legatis optionis, optimum eligi poteſt: hoc enim peculiare habet iſta legandi modus: quia nihil, niſi ipſa eligendi facultas principaliter conceditur; vltra alios tradit Balduinus hic, num. 3. & ante eum tenuit Roger. Gloſſator antiquus, relatus ab Accurt. verbo, quem velit, per text. ibi, in lege 2. ff. de opt. legata, vt patet ibi: *Legatarius optabit, quem velit*; &c. Quidquid contrarium tenuerit Acurt. ibidem verbo, ad legatarium optionis non poſſe eligere optimum, ſed mediocre: moueturque per text. in lege vltima. §. primo, C. communia de legatis, & dicta lege ſi hæres generaliter, ff. de legatis primo.

Verum Accurtij, & eorum, qui eundem ſequuntur, opinio fragili, & falſo nititur fundamento: nam vltra quam quod ſit contra dictã legem 2. ff. de opt. leg. in relatis verbis, vlterius ſuadetur ex facili ſolutione obiectorum; nam dicta lege vltima, §. primo quando mediocre eligi iubet, loquitur in terminis, in quibus optio, non ipſi legatario, ſed alicui tertio defertur; quo non eligente, tunc ab Imperatore defertur legatario; quod quia nimis grauoſum erat hæredi, iuſſit Imperator vt non optimum, ſed id, quod mediæ æſtimationis eſt, eligatur; vt ita onus, & commodum compenſetur; vt ſatis clarè conſtituit Imperat. in d. §. primo, ibi: *Ipſi legatario videri eſſe delatam electionem, ita tamen, vt non optimum ex ſeruis, vel alijs rebus, quidquam eligat, ſed mediæ æſtimationis: ne dum legatarium eſſe fouendum exiſtimamus, hæredis commoda defraudentur*; &c. tradit alias Balduinus hic, num. 4. ergo ſi ſpecialiter in illo optionis legato præcipit Imperat. ne optimum eligatur, ſed mediæ æſtimationis, ſatis oſtendit, in optionis legato regulariter optimũ eligi poſse.

10 Deinde † non obſtat dicta lex ſi hæres generaliter, loquitur enim in legato generico, vbi, vt ſupra probauimus, mediocre eligendum eſt; quam differentiam eleganter innuit Vlpianus in l. 2. ff. de opt. leg. dum inquit: *Quoties ſerui electio, vel optio datur, legatarius optabit, quem velit; ſed & homine generaliter legato, arbitrium eligendi, quem acciperet, ad legatarium pertinet*; &c. vbi ſuppoſita æquiparatione, quam facit inter legatum generis, & optionis, vt in vtroque competat facultas eligendi legatario; vlterius nimis ſubtiliter tradit differentiam eligendi: nam in optionis legatario, dicit, poſſe eligere, quem velit: at in legatario generis, dicit, poſſe eligere, quem acciperet, hoc eſt, poſſe eligere mediocre, & quem merito poteſt accipere, licet non ſit optimum: non enim ſine myſterio I. c. mutauit loquendi modum in tam connexis deciſionibus. Conſtat igitur ex dictis, in optionis legato optimum eligi poſſe.

11 Secundò † principaliter aduerte, quod in prædictis tribus eligendi generibus tacita conditio ineſt: nam interim dum legatarius non eligit, nihil adhuc in indiuiduo cenſetur legatum; patet ex Iuliano, ex lege cum is, 32. §. vltimo, ff. de condict. indeb. & ex lege 3. ff. qui, & à quibus, ibi: *Quodammodo ſinguli ſub conditione legati videntur*; &c. & in legato generico, vel alternatiuo id ad oculum demonſtratur; nec enim totum genus, nec vtrumq; alternatiuæ membrum cenſetur legatũ, ſed alterũ dũtaxat, vt probat l. ſi illud, ff. de leg. 2. l. ſi Pamph. 10. ff. de opt. leg. l. eũ illud, ff.

quando dies legati, ergo electione opus eſt, vt conſtat, quod legatum eſt.

12 Tandem † principaliter aduerte, triplex in iure conſiderari poſſe conditionum tacitarũ genus; nam aliæ ſunt à natura; veluti, ſi fructus, vel partus naſcantur, l. 1. ad finem, ff. de cond. & demonſtr. l. cum illud, 25. §. vlt. ff. quando dies legati. Aliæ a iure, vt in exemplis d. l. 1. in vltimis verbis, ff. de cond. & demonſtr. l. aliquando, 107. infra, eodem tit. l. quod pure, 6. l. hæredis, 7. l. ſi dies 21. ff. quando dies legati. Aliæ denique, quæ non a natura, vel a iure, ſed ex voluntate teſtatoris deducuntur, quaſi minus eſſet ſcriptum, quam dictum, vt eſt conditio, ſi ſine liberis, de qua in l. cum auus, 100. ff. de cond. & demonſtr. l. epiſtolam, 75. §. vlt. ff. ad Trebell. vt ibidem intendit gloſſa vlt. & in d. l. ſi dies; Luſitanus Coſta, in cap. ſi pater, 3. parte, verbo, obliqua, nu. 7. de teſtam. in 6. Aliud exemplum ſit in d. l. quod purè, in princip. & in l. ſi legatum purè, ff. de adimend. legatis. Inter quas tacitas conditiones locum habet conditio, *ſi elegerit*, in legato optionis: nam illa conditio non oritur ex iuris diſpoſitione, ſed ex voluntate defuncti, quia cum id conferat in voluntatem legatarij, nihil mirum, quod conditio ex teſtamento ſubintelligatur, nõ verò extrinſecus à iure tantum.

13 Inter prædictas † tacitas conditiones illud intereſt diſcriminis, quod priores duæ non efficiunt actum conditionalem, etiamſi exprimantur, iuxta ſupra relata iura, & l. 3. ff. de legatis 1. & l. conditiones, 99. ff. de cond. & dem. vltima verò ſpecies actum reddit conditionalem, & conſequenter intranſmiſſibilem, text. clarus in d. l. quod purè, in princip. iuncta aduerſatiua ibi: *At ſi extrinſecus*, &c. ff. quando dies legati, tradit Bart. in l. 1. nu. 4. ff. de regula Catonianæ.

14 Quibus ſic † præmiſſis, iam infertur Primò reſponſio ad ſupra poſitam difficultatem, vt ſcilicet propterea tacita conditio, de qua in legato optionis, efficiat legatum conditionale, & intranſmiſſibile: quia prouenit ex teſtamẽto, voluntate videlicet coniecturata teſtantis, quod ſufficit iuxta ſupra dicta in tertia ſpecie tacitarum conditionum. Vnde, licet non adhæreret perſonæ, adhuc impediret tranſmiſſionem, contra Balduinum. hic, nu. 7.

15 Infertur † Secundò, ratio differentiæ inter electionem in legato generico, & alternatiuo, & electionem in legato optionis, attento iure antiquo, quoad tranſmiſſionem: nam licet vtrobique inuolueretur electio, vt oſtendimus, tamen in legato generico, & alternatiuo electio tacita erat, & conſecutiua; & inſimul parum operabatur; cum vel circa certum, vel circa mediocre verſaretur, iuxta ſupradicta; inſuper non inducebat conditionẽ in ipſo legato, ſed in executione: vnde nihil mirum, quod tranſmittatur, & ita procedũt iura in l. ſi Pamphilo, 10. & l. illud aut illud, ff. de opt. leg. (quas ſupra contra Imp. hic adducebamus) ita etiam reſoluit, licet rationem non reddat Iacob. Cuiac. in operibus poſthumis, in l. ſerui electione, 5. ff. de legatis 1. Balduinus in præſenti, nu. 10. ſecus autem in optionis legato, vt inferius notabimus.

16 Hoc † autem, quod de alternatiui legati tranſmiſſione dicimus, intellige, quando electio competit legatario, vt regulare eſt, iuxta ſupra dicta. Si tamen à teſtatore tacitè, vel expreſsè concedatur hæredi, vt fieri poſſe oſtendimus, tunc legatum alternatiuum non tranſmittetur, antequam hæres eligat, cum antea dies eiuſdem non cedat, exprimit I. c. in l. cum ita, 16. ff. quando dies legati, ſeruitque text. in l. Titio, 21. ff. de vſufr. legato.

17 Quod † tamen declararem, ne procedat, quando electio datur hæredi in ſummis, vel tempore; nam iuris cenſura, ſemper ſumma minor, & tempus largius ab hęrede cenſetur electa, vt inquit Pomp. in l. ſi ita relictum, 43. §. vlt. ff. de legatis 2. ibi: *Decem, aut quindecim hæres dato, pro eo eſt, ac ſi decem ſola legata ſint*; & ibi: *Poſt annum, aut biennium, poſt biennium videtur legatum*; in his enim ſpeciebus etiam non eligente hærede, tranſmitti legatum puto; cum à iure certum, ac ſimplex factum fuerit, iuxta d. §. vlt.

18 Vt autem † ad legatum optionis reuertamur, illud intraſmiſſibile eſt, & ſimpliciter conditionale: nam in eo venit electio principaliter, & inſimul cum magno hæredis præiudicio, cum optimum eligi poſſit, iuxta ſupradicta. Et deinde conditio eligendi, quæ in eo ſubintelligitur, non ſolum reſpicit executionem legati, ſed etiam legandi formam. Vnde nihil mirum, quod ipſum optionis legatum non tranſmittatur, attento iure antiquo.

19 Nec obſtat † text. in d. l. illud, aut illud, ff. de opt. leg. ibi: *Vtrum elegerit legatarius*; &c. Quibus verbis etiam electio principaliter legata cenſetur: & conſequenter idem tunc videbatur decidendum, ac in optionis legato. Sed contrarium deciditur. Reſpõdetur enim, prædicta verba non fuiſſe addita à teſtatore ad immutandam formam legati alternatiuè relicti, ſed tantum ad explicandam electionem, quæ in eo tacitè continebatur: vnde cũ ille, qui declarat, nihil addat, l. hæredes palam, §. ſi quid poſt, ff. de teſtam. ſequitur, quod illud dumtaxat, quod ſuaptè natura legatum alternatiuum habet, id habeat expreſ-

ſi etiam electione; & ſic ceſſat labor Antonij Fabri, lib. 6. Coniect. cap. 1. pagina vlt. in principio, vbi nulla cogente neceſſitate duplicem legandi ſpeciem in prædicta forma introduxit.

20 Infertur † Tertiò, intellectus ad text. ſingularem, in l. ſi domino, 99. ff. de legatis 1. vbi ita ſcribit Iulianus: *Si domino Stichus legatus eſſet, & ſeruo eius optio data: partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere: quod poſſit ſeruus manumiſſus eundem Stichum optare;* Quibus verbis clarè oſtenditur, quod legatum domino relictum minuitur per legatum eiuſdem ſeruo relictum, cum immo augeri, non verò minui debuiſſet, argumento l. placet. ff. de acquir. hæredit. Verum id per accidens hic contingit, & merito: nam cum ex dictis conſtet, legatum optionis eſſe conditionale, hoc eſt, ſi legatarius elegerit, interim dum ſeruus non eligit, legatum in ſuſpenſo eſt; & cum ante electionem poſſit manumitti, & tunc eligere eundem Stichum domino legatum, & ita cum domino concurrere, l. ſi tibi, §. vnius, ff. de opt. legata. Propterea Iulianus decidit, à principio partem demidia Stichi ad dominum pertinere. Quod tamen intellige ad effectum, vt ipſe dominus poſſit ſtatim de ipſa dimidia ad libitum diſponere: nam ſi ſeruus, cui optio legata eſt in dictis terminis, poſtea manumiſſus diuerſum hominem eligat, tunc in ſolidum Stichus pertinebit ad dominum legatarium. Nec contrarium voluit Iulianus hic, quia ſolum dixit, de præſenti partem dimidiam pertinere reſpectu eius, quod poſtea contingere poterat: non tamen inficiatus eſt, poſſe totum Stichum pertinere, ſi ſeruus legatarius iam manumiſſus eundem Stichum ſpecialiter domino legatum non eligat.

21 Sed obſtat † maximè text. in l. ſi Pamphilo, 10. ff. de opt. legata, vbi idem Iulianus decidit, quod in legato generis (quod etiam ſupra oſtendimus electionem continere) poſt manumiſſionem ſerui legatarij, competit eiuſdem domino electio, ſi die iam legati cedente, manumiſit, aliàs minimè, vt text. docet ibi: *Dominus Pamphili poſtquam dies legati ceſſerit, eum manumiſiſſet;* &c. Ergo idem etiam videtur dicendum, quod dominus in terminis d. l. ſi domino, adhuc poſt manumiſſionem poſſit eligere alium ſeruum; & ita non ſolum ſecurum, & in ſolidum habere primum legatum, ſed etiam aliud inſuper adiungere. Nec reſponderi poteſt, in vtroque textu poſt manumiſſionem idem ius domino competere, id namque falſum eſt, cum I. c. in d. l. ſi domino, ſimpliciter aſſerat, partem Stichi ad dominum pertinere, quia manumiſſus ab eo ſeruus, poteſt eundem optare. Si enim I. c. intelligeret, etiam poſt manumiſſionem optare poſſe, non ita ſimpliciter decideret, partem Stichi ad eum pertinere, ſed potius diceret, tunc partem Stichi ad eum tantum pertinere, quando manumiſſo proprio ſeruo, ipſe optionem repudiaſſet, quia tunc poſſet ſeruus eundem Stichum optare.

22 Pro † concordia tamen reſpondendum eſt, propterea in legato generis, etiam poſt manumiſſionem ſerui legatarij domino competere electionem, quia legatum in ſubſtantia purũ eſt, conditioque eligendi in executione verſatur, iuxta ſupradicta. At legatum optionis in ſubſtantia eſt conditionale, reſpectu legatarij, ita, vt ipſe eligere debeat; vnde nihil mirum, quod ex eo electio domino non competat, iuxta §. factum, Inſt. de verbor. obligat. Accedit, quia optio ſerui eſt actus legitimus, l. actus legitimi, ff. de regulis iuris, hi autem actus per alium non expediuntur, niſi per illum, cui ſpecialiter competunt, vt eleganter probat l. nemo alieno nomine, 165. ff. de regulis iuris, ibi: *Lege agere poteſt*, id eſt, actum legitimum exercere; vt exponit Duarenus, ſub tit. de iudicijs, cap. de iudicibus datis, ante finem. Petrus Faber, lib. 2. Semeſtr. cap. 20. & cap. 22. pagina ante penult. cum præced. Eduard. Caldeira. lib. 2. variarum lect. cap. 1. nu. 2. Ex quibus manet conciliatio inter d. l. ſi domino, & d. l. ſi Pamphilo.

23 Vnde † obiter ſubinferes deceptum fuiſſe doctiſſimum Petr. Fabrum, d. lib. 2. Semeſtr. cap. 22. pag. antepen. dum tentat in legato generis optionem non poſſe fieri per dominum, ſed per ipſum ſeruum legatarium; & ad d. l. ſi Pamphilo, ibi: *Si quidem Titius ſeruum vindicauerit;* &c. reſpondet, intelligi hanc optionem mediante perſona ſerui fieri, & ita domino acquiri. Verum labitur apertè, & loquitur contra d. l. ſi Pamphilo, vbi manifeſtè dicitur, dominum vindicaſſe, & vlterius ante finem dicit, manumiſſione duas perſonas fieri, alteram domini, alteram ſerui manumiſſi; & principia iuris dictant, non poſſe nobis acquiri per eum, qui noſtro iuri ſubiectus non eſt; ergo perperam intelligit, optionem à domino fieri mediante perſona iam liberti, qui tantum ſibi acquirere poteſt, vt colligitur ex eodem textu, ibi: *repudiante* (ſcilicet Domino) *Pamphilus optare poteſt;* Nec electio in legato generis, eſt actus legitimus, de quo loquitur d. l. actus legitimi, quia eſt quid conſecutiuum, & reſpiciens tantum executionem, iam ante tranſlato omni iure in dominum. Illa autem electio, ſiue optio, eſt actus legitimus, quæ principaliter per ſe ſtat, nec perſonam aliquo modo egreditur.

24 Illud interim † circa d. l. ſi domino, ff. de

legatis 1. reſtat diſquirendum, an poſt nouam Iuſtiniani Conſtitutionem in noſtro §. optionis, habeat locum illius deciſio? & videbatur ceſſare: quia cum legatum optionis iam ſit tranſmiſſibile, nihil impedit, quo minus etiã domino talis optio acquiratur. Sicut etiam in l. vlt. §. 1. C. communia de legatis, illud etiam, quod alicui relinquitur ſub electione alterius tertij, ſi tertius non eligat, legatario tunc eligere permittitur.

Ceterum ego contrarium puto, immo adhuc hodie legatum optionis in terminis d. l. ſi domino, in dominum non tranſire: nam Imp. tacitam conditionem non abſtulit hujuſmodi legato; ſed tantum conceſſit, vt tranſmitteretur ad illos, qui legatarij perſonam repræſentant, quales ſunt eius hæredes: illud addens, quod ſi in perſonam tertij electio conferatur, illeque nolit, vel non poſſit eligere, tunc ad legatarium deferatur, d. l. vlt. §. 1. vtrumque deficit in præſenti: nam nec dominus ſeruum repræſentat, cum ſeruus reſpectu domini, ſolius inſtrumenti vicem ſubeat, vt oſtendimus ſupra, lib. 1. cap. 4. num. 27. nec itidem dantur termini d. l. vlt. §. 1. & eleganter innuit Imperat. in noſtro §. optionis, ibi: *Hæredi legatarij*; &c. quaſi ſcilicet, quod optio alij, quam ei, cui legata eſt, nequeat competere, ſi ipſe legatarius adhuc optare poſſit, & ita ibidem cum iudicio tradit Balduinus nu. 11. ſtat ergo adhuc hodie deciſio d. l. ſi domino.

25 Infertur † Quartò intellectus ad text. in l. ſi Eros, 2. ff. de opt. legata, ibi: *Fundus ad ſolum Seium pertinebit, quoniam adita hæreditatis tempore is ſolus erat, ad quem poßet legatum pertinere*; &c. nam licet optione legata comprehendatur etiam res alij ſpecialiter legata, ſecuta eiuſdem electione, quaſi à principio duobus legaretur, iuxta ſupra dicta: attamen ſi vni ſit ſeruus purè legatus, & alteri ſerui optio, ſed, quod ſeruo legato relictum eſt, ad illum tantum legatarium pertinebit, cui ſeruus purè legatus erat: & licet idem ſeruus poſtea ab illo, cui optio legata eſt, eligatur, id tamen nihil mutat, nec adimit à primo legatario, ex ratione, & ſimilitudine, quam I. c. adducit in præſenti. Cur autem Iulianus in d. l. ſi eros, meminerit aditæ hæreditatis circa id, quod ſeruo legato relictum eſt, tradit idem Iulianus in l. cum legato ſeruo, 17. ff. quando dies legati, & Vlp. in l. hæredis, 7. ſupra. eod. tit. Nec variabitur prædicta reſolutio, ſi legatarius optionis ante aditam hæreditatem eligat, ita vt adita hæreditate iam æqualiter concurrat cum primo legatario ad id, quod ſeruo legato relictum eſt; quia reſpondetur, talem optionem inutilem fore, iuxta text. clarum in l. optione, 16. ff. de opt. legata, ibi: *Non poſſe ante aditam hæreditatem optari, & nihil agi ſi optaretur*, &c. Deinde etiam nec tam celeriter poſt aditam hæreditatem optare poteſt, quin prius ceſſerit dies legati primo legatario, & lex ei detulerit emolumentum legati.

26 Sed adhuc † d. l. ſi eros, videtur oppugnari à l. ſi ſeruus, 21. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Quia ſeruum non poſſideam*; &c. ergo videtur dicendum, diem legati ſeruo legato relicti, non ante cedere, quam poſt nactam poſſeſſionem, & conſequenter circa illud relictũ poteſt vterque legatarius concurrere in propoſitis terminis. Attamen reſpondetur, text. in d. l. ſi ſeruus, non procedere in legatis, quorũ dominia recta via abſque traditione tranſeũt. Ratio differentiæ eſt manifeſta: quia cum in contractibus dominium non alias transferatur, quin traditio intercedat, l. traditionibus, C. de pactis, ſequitur, vt dominium rei ſeruo nondum poſſeſſo traditæ, mihi acquiratur, quod vel mihi eadem res tradatur, vel ſeruus ille à me poſſideatur, vt mediante poſſeſſione ſerui, dominium conſequar rei traditæ ſeruo, quaſi (iuris cenſura) mihi traditæ. At cum relictum ſeruo legato, ad effectum vt eius dominium nanciſcamur, non requirat traditionem, nihil mirum, quod dicat I. c. in d. l. ſi eros, & d. l. cum legato, quod ſtatim adita hæreditate dies illius legati cedat, & acquiratur dominium legatario ſerui, cui illud relictum erat. Vnde ſubinfertur, quod ſi ſeruus legatus aliquid poſt aditam hæreditatem ſibi ſtipuletur, aut per traditionem acquirat ex contractu, non ante legatarij fiet, quam ſi poſſeſſionem ſerui legati fuerit adeptus, iuxta d. l. ſi ſeruus, 21. ff. de acq. rerum domin.

27 Illud, quod † diximus circa d. l. ſi Eros, adhuc hodie habet locum poſt deciſionem noſtri §. optionis; non enim ſimpliciter conditio ſublata eſt, immo requiritur electio, vt antea, ſub qua legata res eſt; ſolumque de nouo inductum eſt, vt non obſtante conditione poſſit tranſmitti, vel aliter ipſa electio transferri.

28 Denique † dictam l. ſi eros, declara notabiliter, per text. in l. ſi optio, 13. in princip. infra. eodem tit. de opt. leg. nam tunc videtur idem ſeruus duobus ſpecialiter, & in indiuiduo legatus; & conſequenter ab adita hæreditate vtrique legatario dies cedit, & ſimul vterque concurret ad id, quod ſeruo legato relictum eſt.

29 Infertur † Quintò propterea Imp. in præſenti ſtatuiſſe, & ſuppoſuiſſe in d. l. vlt. C. communia de legatis, optionis legatum tranſmitti poſſe, quia ſcilicet, vltra fauorem vltimarum voluntatum, quem vtrobique intendit; accedebat, quod licet conditio eligendi, quæ

tacita

tacita erat, ex voluntate defuncti oriretur, iuxta ſupradicta: tamen voluntas teſtatoris, quæ ampliandi legati cauſa, & plus fauendi legatario, emanauit conceſſa optione, non ita illam conditionem ſtricte, & amarè videbatur amplecti, vt perperam, & contra illam Imp. nunc tranſmiſſionem per interpretationem impartiatur, & hinc proueniet, vt ego puto, quod ſi teſtator hodie talem conditionem, quæ aliàs inerat, expreſſiſſet, legatum maneret intranſmiſſibile, ſicut olim; probat Imp. in l. vnica, §. ſin autem aliquid, C. de caducis toll. ſequitur Balduinus hic, nu. 11. nam quæ conditio per interpretationem ab Imp. fuerat ſublata, iam in his terminis conſtat fuiſſe appoſitam animo adimplendi: & ita ceſſat locus interpretationi voluntatis.

30 Infertur Sextò ratio, ob quam legatum optionis non cadat ſuper res alienas, ſed tantum in res proprias teſtatoris, quidquid contradicat Balduinus hic, nu. 4. Nam cum ex dictis conſtet, illud dumtaxat intendiſſe teſtatorem in tali forma legandi, vt legatarius optet, hoc eſt, eligat rem vnam, quod quidem ſonat in actualem eiuſdem rei poſſeſſionem, non verò in æſtimationem; ſequitur non poſſe cadere in res alienas, iuxta verum intellectum l. vxor patrui, C. de legatis, de qua latè Hiſpanus Picchardo, qui alios refert in §. non ſolum, à nu. 28. Inſt. de legatis. Quod vlterius probo; nam forma legati optionis, (prout legatario optio datur) concipiebatur ad modum legati vindicationis, vt patet ex l. apud Aufidium, 20. ff. de opt. leg. ibi: *Veſtimenta, quæ volet, triclinaria ſumito, ſibique habeto*; &c. iunctis ijs, quæ tradit I. c. Caius, in Fragment. lib. 2. tit. 5. in princip. legatum autem vindicationis, in res alienas cadere non poterat, vt inquit Vlp. in Fragm. tit. 24. verſ. per vēdicationem. Caius, vbi proximè, Balduinus, nu. 1. in §. ſed olim, vbi nouiores, Inſt. de legatis, ergo; &c. Suadetur tandem hæc opinio ex noſtro §. optionis, ibi: *Ex ſeruis ſuis*; &c. vbi ineptè adderetur particula, ſuis, niſi foret in excluſionem rei alienæ. Nec obſtant verba ſequentia, ibi: *Vel alijs rebus*; &c. Quæ non ad differentiam rerum opponuntur; quaſi ſcilicet dicat Imperat. *Vbi teſtator ex ſeruis, vel alijs rebus ſuis*; &c. Suadetur itidem ex toto tit. Suadetur itidem ex toto tit. ff. de opt. legata, vbi nulla omninò fit mentio huius legati, ita vt cadere poſſe videatur in rem alienam, immo contrarium colligitur, vt actutum oſtendemus.

31 Hinc Primò † intelliges mentem Vlp. in l. 2. §. data, ff. de opt. legata, ibi: *Data igitur optione, ſi quis optauerit alienum ſeruum, vel hominem liberum, videndum eſt, an conſumpſerit optionem; & puto non conſumi*; &c. Vbi adeo verbum ſupponitur, optionem legatam non comprehendere rem alienam, etiam in poſſeſſione iuſta teſtatoris exiſtentem, vt optio eius perinde ſit, ac ſi facta non eſſet: quia cum ad id fiat, vt res ipſa electa acquiratur legatario, non verò eius æſtimatio, ſi res optata fuerit aliena, non conſumitur electio.

32 Intelliges † ſecundò mentem Labeonis in d. l. Apud Aufidium 20. ff. de opt. legata, ibi: *Quoniam res continuò eius fit, ſimul ac ſi dixerit, eum ſumere*: vbi decidit, legatum optionis, eius eſſe naturæ, vt electione ſemel facta, ſtatim dominium rei electæ transferatur, ergo manifeſtè inde oſtenditur, tale legatum cadere non poſſe niſi in rem propriam teſtatoris; nam alienæ rei dominium inuito domino non transfertur ex diſpoſitione defuncti, iuxta ea, quæ de legato vendicationis ſupra diximus.

33 Si quidem † incidimus in explicationem d. l. apud Aufidium, vbi facta electione ſtatim dominium transfertur, non potui non reminiſci I. c. Scæuolæ, in l. penult. ff. de opt. legata, vbi facta electione ſecundum diſpoſitionem teſtatoris, ita vt id, quod electum eſt, cenſeatur legatum: tamen partus huiuſce legati, & fructus, & vſus, ad legatariam poſt electionem non pertinent, cum dominio rei tranſlato, hæc omnia ad legatarium pertineant, l. ſi tibi homo, §. cum ſeruus, ff. de legatis 1.

Verum optimè reſpondet Scæuola,, ſi rectè perpendatur: nam retenta litera Florentina, ibi: *Ad filiam non pertinere*; cum qua magis ibidem reſidet Accurt. verbo, ad filiā, retenta etiam illa, ibi: *Cur ad matrem pro ſolido pertineant*; cum qua tamen non videtur manere gloſſ. ibidem, verbo, proponi. Aduerte, de duobus interrogatum fuiſſe Scæuolam in hypotheſi illius text. quæ longa eſt, & clara; primum, an facta electione per matrem, ea, quæ ex his mancipijs ante nuptias nata ſunt, ad puellam exhæredatam ſupra numerum decem mancipiorum, pertineant? Secundum eſt, ante nuptias eiuſdem puellæ exhæredatæ, fructus, & vſus eorundem mancipiorum, an ad Semproniam matrem pertineant?

In primo quæſito negatiuè reſpondet Scæuola, ſcilicet ad puellam non pertinere. Mouetur ex voluntate tacita defuncti: quia viſus eſt medium tempus ante nuptias puellæ conſideraſſe, in fauorem hæredum, non uero legatariæ, iuxta regulam l. cum tempus, ff. de regulis iuris; & patet ex eadem l. penult. ibi: *Cum mancipiorum legatum in tempus nuptiarum teſtator tranſtulit; id quod medio tempore ancillæ enixa ſunt, ad filiam non pertinere*; &c. vbi no-

tat

tat gloſſa, verbo, ad filiam. Voluntas autem tacita ex illis verbis colligitur, ibi; *Et ſi antequam nupſerit, aliquod ex mancipijs deceſſerit, tunc in locum eius, arbitratu Semproniæ matris eius dari volo*; &c. Si igitur medio illo tempore mater & cohæres tenentur ſubrogare, ſiue ſubmittere noua, in locum demortuorum capitum, videtur etiam id compenſandum cum lucro denuo enaſcentium fetuum, qui ad hæredes videlicet matrem, & filium (quorum etiam nimia coniunctio fauorem extroquebat) pertinere debent. Nec ratio illa dubitandi, quod ſcilicet dominium in legatarium eſſet tranſlatum, aliquid facit in contrarium: tametſi enim ſtatim transferatur, cum tamen medium tempus gratia hæredis apponitur, quidquid interim acquiritur, hæredum fit, iuxta præcitata iura.

In ſecundo quæſito ita reſpondit Scæuola; *Nihil proponi, cur ad matrem pro ſolido pertineant*; vnde putat gloſſ. ibidem, verbo, proponi, hoc ad filiam, de qua ibi, pertinere, & in hoc magis perſiſtit, cum hanc ſententiam vltimo loco referat. Verum hæc interpretatio eſt contra text. & eiuſdem veritatem: nam ſi partus interim percepti (tranſlato iam dominio ad filiam) ad eandem non pertinent: qui fieri poteſt, vt fructus, & vſus ad eandem pertineant. Et ratio, quæ in præcedenti quæſito ſuaſit, vt partus penes hæredes maneret; eadem ſuadet, vt apud eoſdem maneat fructus, & vſus. Propterea autem Scæuola dixit: non ad ſolam matrem pertinere, quia adhuc alius erat hæres inſtitutus, ſcilicet filius, vt patet ex initio eiuſdem textus, quaſi dicat, partus, fructus, & vſus prædictorum ſeruorũ relictorum filiæ exhæredatæ, non ad ſolam matrem, ſed etiam ad eius filium, & cohæredem pertinent pro rata, omninò excluſa filia legataria aliàs exhæredata.

34 Infertur † Septimò, legatum alternatiuũ vnicum eſſe, tam in mente teſtatoris, quam diſpoſitione iuris, non verò plura, licet de pluribus rebus concipiatur; & reſolui in id, quod vel genericè, vel optatiuè relinquitur, quod vnicum tantum eſt, quamuis à pluribus deducendum; idque oſtendit clarè Celſus in l. ſi illud, aut illud, 27. ff. de legatis 2. ibi: *Vnum legatum eſt*; &c.

35 Verum † obſtat maximè Iul. Paulus, in l. ſi quis ſeruum, 8. §. 1. ff. de legatis 2. ibi: *Sempronio decem, aut ſi noluerit, hominem Stichum do, lego: hoc caſu duo legata ſunt, ſed vno contentus eſſe debet*; vbi forma legandi alternatiua videtur, & conſequenter vnicum dumtaxat legatum attenta iuris diſpoſitione dici debebat, non verò duo: nec euitabit difficultatem, qui dixerit, verba illa: *duo legata*, adiectiuè eſſe ſumenda, id eſt, duæ res legatæ, quaſi mens I. c. fuerit oſtendere, in alternatiuo plures res contineri, licet vnicum tantum legatum ſit, iuxta ſupradicta.

Nequaquam enim ſatisfit huc reſponſioni, immò violat literam, nam Paulus manifeſte vult, duo eſſe legata in prędicta diſpone, non ratione rerum, ſed ratione iuris: idque conuincit ibi: *Sed vni contentus eſſe debet*, &c. vbi dicendo, legatarium debere eſſe vni contentum, clariſſime ſupponit, duo de iure præextitiſſe, quod certo tertius eſt in ſpecie illius tex. & ex dicendis vlterius clareſcet.

36 Suppoſito † igitur, quod in d. §. 1. duplex legatum reperitur; dicendum eſt, formam alternatiui legati, & concepti in terminis d. §. 1. eſſe diuerſam: nam illud electionem requirit ad certitudinem legati effectualem. At conceptio d. §. 1. legatum purum continebat, ac ſimplex, quale erat decem. Solumque ſequens legatum Stichi conditionale erat, videlicet ſub conditione, ſi primum noluiſſet, ergo nihil mirum, quod duo legata dicantur, purum & conditionale; conſtat à contrario ſenſu, ex l. cum ſine præfinitione, 19. ff. quando dies legati, ibi: *Non efficitur, vt duo legata ſint*; &c, quia tamen ſequens legatum conditionale non aliter competere poterat, quam repudiato puro, vel agnito puro, euaneſcebat conditionale deficiente conditione, propterea I. c. in d. §. 1. reſoluit, ex mente teſtatoris vni tantum contentũ eſſe debere leggatariũ, innuit I. c. in d. l. cum ſine perfinitione, ibi: *Vnum legatum intelligitur*; &c. Hæc autem ſpecies legandi, licet aſſimiletur alternatiuæ, diuerſam tamen conſtituit, quæ dicitur transfuſionis, ſeu tranſlationis, iuxta text. in l. ſi penum, 24. ff. quando dies legati, vbi Iul. Paul. ſimilem hypotheſim aſſignat, collata tamen eligendi facultate in hæredem, & propterea aſſerit, primum legatum purum eſſe, & tranſmiſſibile, interim dum ſecundum purificata conditione deberi non cœpit.

SVMMARIVM.

Conciliatur l. 1. §. ſi ſtipulanti, ff. de verb. oblig. & §. præterea, Inſt. de inutilib. à nu. 1.

In ſtipulatione etiam reſpectu ſummarum, requiritur omnimoda conformitas, nu. 2.

Quando datur difformitas in ſummis ſtipulatis, & conſtat de voluntate contrahentium, ſe omninò velle contrahere, ſtipulatio valet in minore promiſſa. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam concordia gloſſæ ad præfata iura. nu. 3.

Explicatur l. 1. §. ſi quis ſimpliciter, verſ. cum adijcitur, ff. de verb. oblig. nu. 4.

Com-

Complacentia ſequens in ſtipulatione à principio difformi efficit diuerſam ſtipulationem, ibidem.
Explicatur l. inter ſtipulantem. §. ſi ſtipulante, verſ. diuerſa, ff. de verb. oblig. nu. 5.
Refertur, & reprobatur quædam nouioris explicatio ad d. §. ſi ſtipulanti, nu. 6.
Conciliatur text. in §. ſi quis ancillas, verſ. idem eſt, Inſt. de legatis, & text. in l. ſi cui fundum, 5. ff. de fundo inſtr. à nu. 7.
Refertur, & reprobatur conciliatio gloſſæ diſtinguentis inſtrumentũ fundi, & inſtrumentum patris famil. nu. 8.
Quando legatur fundus, & inſtrumentum; vel fundus inſtructus, poteſt ex coniecturis ſuſtineri legatum inſtrumenti, alienato fundo, regulariter tamen perit. nu. 10. & ſeq.
Quando legatur fundus cum inſtrumento, alienato fundo, perit legatum inſtrumenti. d. nu. 10.
Conciliatur text. in l. iuris gentium, verſ. & ideo, ff. de pactis, & in l. naturalis, §. at cum do, verſ. ſed ſi dedi, ff. de præſcript. verb. à nu. 13. & præcipuè à nu. 16. & omnino, nu. 17.
Duplex eſt actio in factum, altera ciuilis, altera Prætoria, n. 14. & quæ vtilitas inde reſultet. n. 18.
Actiones omnes olim à Prætore dabantur, ſed non inde ſequebatur, omnes eſſe prætorias. nu. 15.
Conciliatur text. in l. 1. §. niſi, ff. ad municip. & in l. exemplo, 36. C. de Decurionibus, lib. 10. à n. 10.
Filius regulariter ſequitur originem patris. ibidem.
Filius ex Priuilegio, Conſuetudine, vel Reſcripto, poteſt ſequi originem matris, nu. 20.
Explicatur eſſe conformis iuri Ord. Luſitanæ, lib. 2. tit. 35. §. 26. nu. 22.

CAPVT XVII.

Breues conciliationes inter Vlp. in l. 1. §. ſi ſtipulanti. ff. de verb. oblig. & Imp. in §. Præterea, Inſt. de inutilibus, Et inter Imp. in §. ſi quis ancillas, verſ. idem eſt, ſi fundus, Inſt. de legatis. Et Paul. in l. ſi cui fundum, 5. ff. de fundo inſtructo. Et inter Vlp. in l. iuris gentium, verſ. et ideo puto, ff. de pactis. Et Paul. in l. naturalis, 5. §. at cum do, verſ. ſed ſi dedi, ff. de præſcript. verb. Et tandem inter Vlp. in l. 1. verſ. niſi, ff. ad municip. Et Imppp. in l. exemplo, 36. C. de Decurionibus, lib. 10.

Ad Vlp. in d. §. ſi ſtipulanti.

1 INquit Vlp. † *Si ſtipulanti mihi decem, tu viginti reſpondeas: non eſſe contractam obligationem, niſi in decem conſtat, è contrario quoque, ſi me viginti interrogante, tu decem reſpondeas, obligatio niſi in decem non erit contracta. Licet enim oporteat congruere ſummam, attamen, maniſeſtiſſimum eſt in viginti, & decem ineſſe.*

Huic documento è fronte refragatur Imp. in §. præterea, Inſt. de inutilibus ſtipul. vbi magiſtraliter præcipit; *Præterea inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non reſpondeat, veluti ſi quis decem aureos à te dari ſtipuletur, tu quinque promittis: vel contra;* &c. Cuius ratio generalis eſt, quia videlicet in ſtipulatione oportet dari conformitatem interrogationis, & reſponſionis, ne difformitas diſſenſum arguat in promiſſore, & animum ſe non obligandi.

Variæ ſunt, quæ à Doctoribus paſſim adducuntur, interpretationes, quarum, ſi quæ falſæ non ſunt, apertè diuinant, & ideo referre non vacat.

2 Quapropter † pro intellectu aduerte, I.c. in d. §. ſi ſtipulanti, non dubitaſſe, quin in ſummis quoque omnimoda, & ſpecialis conformitas requireretur, vt patet ibi; *Licet enim oporteat congruere ſummam;* &c. quidquid ibidem contra putent ordinarij interpretes. Sed tantum dubitaſſe, in quo caſu partes validè contrahere voluerunt: & promiſſor diſſentiat in ſumma ſtipulata, an ſtipulatio valeat in maiori? Cui quæſtioni reſpondet, decidens, quod quando ſtipulatio animo obligandi contracta eſt; & diſſenſum eſt in Summis; & dumtaxat dubitatur, in quantum teneat; nunquam in maiori valebit, ſed in minori. Ratio eſt: quia in his terminis voluntas partium efficit, vt in maiori ſumma inſit minor, quodammodo ſeparatim. Et hoc vult I.c. in vltimis verbis, d. §. ſi ſtipulanti. Quod inde fit probabilius, quia I.c. in §. præcedenti, tradiderat, quoties aliquid additur, vel detrahitur obligationi, ſtipulationem nullam eſſe: niſi ſtatim ſequatur complacentia, quæ in noſtro §. ſi ſtipulanti, non requiritur, quando agitur de ſummis: nam quin ilico ſequatur complacentia, ſi mens partium eſt, validè contrahere, ſtatim valet in minore, ex dicta ſpeciali ratione, quæ in ſummis tantum militat.

3 Vnde Primò † infertur, regulam Imp. in d. §. præterea, in dubio procedere; at I. c. in d. §. ſi ſtipulanti, cum conſtat de partium voluntate ſe obligare volentium, & ſolum dubitatur de ſumma, quæ in obligationem venire debeat, & hinc corruit concordia gloſſæ, ibidem, verbo, non erit, dum in prima ſolutione inquit, Imp. in d. §. præterea, loqui, quando ſtipulator volebat, ne obligatio teneret, niſi in maiori ſumma; Cum minimo non requirat vllam

lam probationem, aut coniecturam; ſed tantum procedat in dubio, cum regulariter diſſormitas interrogationis, & reſponſionis corrumpat ſtipulationem, iuxta ſupradicta.

4 Infertur † Secundò, id non prouenire ex complacentia ſecuta, de qua in §. præced. egerat I. c. quidquid contra putauerint antiquiores referente Accurt. ibidem, verb. non erit, quos nouiſſime in priuatis Scholijs ad hunc text. ſecutus fuit quidam eruditiſſimus primarius profeſſor Conimbricenſis, qui iam fatis ceſſit: nam complacentia, vbi ſuperuenit, efficit diuerſam ſtipulationem, vt patet in §. præced. ibi: *Alia ſtipulatio contracta eſt*; &c. At in noſtro §. ſi ſtipulanti, eadem ſemper ſtipulatio eſt, tam in veritate, quam cenſura iuris. Accedit, quia ſi ex complacentia valeret ſtipulatio alias diſformis, non debebat valere neceſſario in minori ſumma, vt deciditur in noſtro §. ſi ſtipulanti, ſed in ea, quæ complacuiſſet, iuxta §. præced. vbi ſi ilico placet diuerſitas, in eo, quod placet, tenet ſtipulatio.

5 Infertur † Tertiò, verus intellectus ad l. inter ſtipulantem, §. ſi ſtipulante, verſ. diuerſa, ff. eodem tit. de verbo, vbi, licet in ſpeciebus alternatiuè ſtipulatis, non valeat promiſſio in altera tantum concepta, nihilominus in ſummis alternatiuè ſtipulatis, valet promiſſio in altera. Ratio eſt: quia cum ille, qui petit decem, aut viginti, etiam, quando petit viginti, videatur decem petere, quæ iam ſeparatim petierat, ſi eidem promittantur decem, valet ſtipulatio; ac ſi a principiò viginti eſſent ſtipulata, & decem eſſent promiſſa, quando conſtabat de voluntate promiſſoris volentis ſe obligare. Nec enim text. ibidem procedit in dubio; quod quidem abſurdum exiſtimandum non eſt: quia cum I. c. non aliud intendat, niſi differentiam inducere inter ſpecies, & ſummas alternatiuè ſtipulatas: quaſi in illis reſponſio in vno membro, vitiet totam ſtipulationem: quamuis vtrinque animus celebrandi veram ſtipulationem interfuiſſet; ſecus verò, in ſummis; & ita quoad alia ſupponendi ſunt termini habiles, l. qui teſtamento, 20. ff. de teſtament.

6 Infertur † tandem, falſum eſſe, quod doctiſſimus quidam primarius Conimbricenſis in priuatis Scholijs ad text. in cap. vtile, de regul. iuris, aſſerebat, videlicet, I. c. in noſtro §. ſi ſtipulanti, non decidere, quod in decem valet ſtipulatio, de qua ibidem agebatur; ſed quod quando valeat, in decem tantum debet valere. Sed conuincitur ex eodem textu, ibi: *Non niſi in decem conſtitit obligatio*; &c. vbi oſtenditur obligatio eſſe contracta, igitur de præſenti valet in aliquo.

Ad Imp. in §. ſi quis ancillas, verſ. idem eſt, Inſt. de legatis.

1 INquit † Cęſar *Idem eſt, ſi fundus inſtructus, vel cũ inſtrumento legato fuerit: nam fundo alienato, & inſtrumenti legatum extinguitur.*

Verum maximè obſtat Iul. Paul. in l. ſi cui fundum, 5. ff. de fundo inſtr. vbi ad Labeonem ita ſcribit: *Si cui fundum, & inſtrumentum eius legare vis; nihil intereſt, quomodo leges, fundum cum inſtrumento; an fundum & inſtrumentum; an fundum inſtructum, Paulus, immo contra: nam inter ea legata hoc intereſt, quod ſi fundo alienato mortuus fuerit, qui ita legauit, ex hac ſcriptura, fundum cum inſtrumento, nihil erit legatum, ex ceteris poterit inſtrumentum eſſe legatum.* Supponit ergo in legato fundi inſtructi, ſi ipſe fundus alienetur, inſtrumentum adhuc deberi contra Imp. vbi ſupra.

8 Variè † ſoluit Accurt. in hac l. ſi cui fundũ, & tandem concludit, Imp. loqui de inſtrumento fundi. Paulum verò, de inſtrumento patrisfam. quæ conciliatio nouioris non diſplicet. Sed profecto abſurda eſt, & apertè contra tex. in d. l. ſi cui, ibi: *Et inſtrumentum eius legare vis*; &c. vbi proponitur quæſtio in inſtrumento fundi; & reſoluit I. c. multum intereſſe, hoc, vel illo modo legetur, vt ita debeatur, vel non debeatur alienato fundo: nunquam autem dubitari de inſtrumento patrisfam. potuiſſet, quod ad fundum non attinet.

9 Vnde † pro ſolutione in primis aduerto, Imp. hic, duas tantum ſpecies copulaſſe, ſcilicet, fundum cum inſtrumento, & fundum inſtructum; illam vero omiſiſſe, quam Labeo, & Paulus in quæſtionem adduxere, videlicet, fundum, & inſtrumentum; idque ex ratione, quam inferius ſubijciam.

10 Aduerto † deinde, Paulum, dum inquit, multum intereſſe inter hanc ſcripturam: *Fundum cum inſtrumento*; & illas, *fundum, & inſtrumentum, & fundum inſtructum*; non reſoluiſſe inſtrumentum in duabus vltimis ſpeciebus indiſtinctè deberi alienato fundo. Sed tantum aſſeruiſſe, poſſe deberi, ſi videlicet intelligatur, non acceſſoriè legatum: nam prima ſpecies nullam recipit dubitationem, quando quis legat fundum cum inſtrumento, clarè enim oſtendit, inſtrumentum acceſſionis vicem ſubire; & ita quoad hanc de plano procedit Imp. in d. verſ. idem eſt. At in duabus ſequentibus ſpecie-

ſpeciebus, ex forma legandi non ita conſtat, acceſſoriè venire inſtrumentum: immò dubitabile eſt, an inſtrumentum veniat æquè principaliter, ita, vt licet alienetur fundus, ſi tamen inſtrumentum eius maneat penes teſtatorem, adhuc legato contineatur; idque ſignificant illa verba: *Poterit inſtrumentum eſſe legatum*; nempe, æquè principaliter, acceſſoriè enim ſemper legatum eſt. Idque clarius apparet in ea ſcriptura: *Fundum, & inſtrumentum*; vbi cõiunctio illa *(Et)* videtur principaliter inuolue re plura legata, iuxta communes iuris traditiones, de quibus gloſſa, verbo, plura legata, in l. ſcire debemus, verſ. ſtipulationem, vbi notant omnes, ff. de verb. obligat. & propterea exiſtimo. Imp. hanc legandi formam in præſenti omiſiſſe: ſatis innuentem, in ea longe aliud reſoluendum fore; ſaltem, non ita ſecurè, ſicut in reliquis.

11 Et quamuis † idem Imp. in illa ſpecie, *Fundum inſtructum*, non dubitauerit legatum inſtrumenti perire, vtpote acceſſorium: ſicut & Labeo, vt apparet ex princip. d. l. ſi cui fundum; id tamen non ita ſecurè ſtatuendum eſt, ſicut in illa: *Fundum cum inſtrumento*: quia verbum hoc *(inſtructus)* tam ſignificat inſtrumentum æquè principaliter cum fundo, quam fundum cum inſtrumento; & cum in aliqua ſignificatione poſſit reincidere in hanc formã: *Fundum & inſtrumentum*: quæ aliquando conſeruat legatum inſtrumenti datis terminis habilibus, ſcilicet, ſi concurrant aliquot coniecturæ, quæ id ſuadeant (quod non ita facile in d. forma, *Fundum cum inſtrumento*, contingere poterat) nihil mirum, quod dicat I. c. in d. l. ſi cui fundum, aliquando ſuſtineri legatũ inſtrumenti. Regulam tamen negatiuam, & merito ponit Imp. in d. verſ. idem eſt.

12 Atque ita † mens Pauli eſt, quod licet regulariter alienato fundo, corruat etiam, & inſtrumentum: id tamen non indiſtinctè, & æqualiter in omnibus dictis formulis: nam in prima non eſt dubium, ſcilicet, *Fundum cum inſtrumento*. Et in hac concordant Imp. Labeo, & Paulus, vbi ſupra.

In ceteris verò poteſt legatum inſtrumenti ſuſtineri, iuxta ſupra dicta, in quo indiſtinctè Labeo reprobatur à Paulo. Imperator verò declaratur quoad ſpeciem fundi inſtructi legati, vt videlicet procedat regulariter. In vltima tandem, ſcilicet, *Fundum, & inſtrumentum*, quod poſſit legatum inſtrumenti ſubſiſtere alienato fundo, contra Labeonem tenet Paulus, & ſentit Imper. iuxta ſupra poſitam conſiderationem.

Ad Vlp. in l. iuris gentium, verſ. & ideo puto, ff. de pactis.

13 INquit † Vlp. *Et ideo puto rectè Iulianum à Mauriciano reprehẽſum in hoc, dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas, manumiſiſti: euictus eſt Stichus. Iulianus ſcribit, in factum actionem à Prætore dandam. Ille ait, ciuilem incerti actionem, id eſt, præſcriptis verbis ſufficere*; &c.

Sed obſtat, quod idem Iulianus à Mauriciano, & Vlpiano reprobatus, approbatur à Paulo in iiſdem terminis, in l. naturalis, 5. §. at cum do, verſ. ſed ſi dedi, ff. de præſcript. verb. ibi: *Si ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Iulianus: ſi ignorans, in factum ciuilem*. Vel ſaltem Iuliani opinio non rectè refertur à Paulo.

14 Quapropter † omiſſa conciliatione Duareni in d. l. iuris gentium, verſ. & ideo, quæ apta non eſt, aduerte, duplicem eſſe actionem in factum: alteram Prætoriam, vt in l. permiſiſti, 16. §. vlt. ff. de præſcript. verb. ibi: *Nullam iuris ciuilis actionem eſſe Ariſto ait; an in factum dari debeat, deliberari poſſe*; &c. Alteram verò ciuilem in factum, de qua loquitur d. l. naturalis, § at cum do, verſ. ſed ſi dedi. De eadem loquitur l. duo, 23. & l. qui ſeruandarum, 13. ff. de præſcript. verbis.

Hæc autem ciuilis in factum, dicitur etiam præſcriptis verbis incerti, iuxta d. verſ. & ideo, & d. l. permiſiſti, & l. Titius, 24. ad finem, ff. eod. tit.

15 Aduerte † deinde olim omnes actiones à Prætore dari, etiamſi de iure ciuili competerent, vt probatur ex §. reſtituta, verſ. poſt quod, Inſt. de fideicommiſſ. hæred. vbi notatur. Vnde, non ſequitur, à Prætore datur, ergo actio Prætoria eſt.

16 Quibus † præmiſſis, dic, Iulianum rectè reprehenſum à Mauriciano, & reprehenſionem probari ab Vlp. in d. verſ. & ideo; nec in eadem ſpecie à Paulo approbari eundem Iulianum, in d. verſ ſed ſi dedi: nam in primis poteſt reſponderi, Iulianum fuiſſe approbatum, dum dicebat, competere actionem in factum: tacitè tamen reprobatum, dum prætoriam eſſe putabat, & non ciuilem, id eſt, præſcriptis verbis, vt Paulus dicit; & ita iam nõ repugnat ſibi inuicem Iulianus vtrobiq; relatus; quia ſẽper putabat, Prætoriam tantum in factum actionem concedẽdam, ſed dum à Mauriciano, & Vlp. ſimpliciter reprobatur, non ita reprobatur à Paulo, ſed in eo tantum, quod dictam

Digitized by Google

in factum actionem Prætoriam eſſe intelligeret ſicut alias apparet in l. ſi tibi, 13. §. Iulianus, ad finem, ff. de præſcript. verb. ibi: *In factum putat actionem Iulianus dandam, id eſt, præſcriptis verbis*; &c. vbi Vlp. dum probat Iulianum in concedenda actione in factum, forſan in alio tacitè reprehendit, dum illam non Prætoriam interpretatur, ſed præſcriptis verbis, id eſt, ciuilem.

17 Vel † aliter, & melius concilia citata iura, vt in d. verſ. ſed ſi dedi, Iulianus approbetur à Paulo, quando datur ſcientia dantis ſeruum alienum, ad concedendam actionem de dolo, & ad id tantum membrum citari; quando vero datur ignorantia, actionem ciuilem in factum concedit, non ex opinione Iuliani (qui contrarium ſentiebat, iuxta d. l. iuris gentium, verſ. & ideo,) ſed ex ſua contra Iulianum. Quod coniector ex eo: nam reſoluens quæſtionem ſub diſtinctione poſt primum diſtinctionis membrum, Iulianum retulit: non vtique poſt ſecundum, cum tamen, ſi mens Pauli foret in vtroque probare Iulianum; deberet ita contexere orationem: *Si ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem; ſi ignorans in factum, ciuilem, Iulianus ſcribit* ſed quia falſum erat, vt patet ex d. verſ. & ideo, propterea non in fine meminit Iuliani, ſed poſt primum membrum diſtinctionis.

Et ita ceſſat repugnantia: nam Iulianus, qui à Mauriciano & Vlpiano reprobatur in dicto verſ. & ideo, non approbatur à Paulo in d. verſ. ſed ſi dedi; immo, dum contrarium docet, tacitè videtur refellere.

18 Cur autem † I. conſulti inſiſtant in dignoſcendo an actio Ciuilis, vel Prætoria ſit, oſtenditur ab Imp. in princip. Inſt. de perpetuis, & temp. & paſſim alibi, quoad alios effectus.

Ad Vlp. in l. 1. verſ. niſi, ff. ad municipalem.

19 INquit † Vlp. *Niſi fortè priuilegio aliquo materna origo cenſeatur: tunc enim maternæ originis erit municeps, vt puta Ilienſibus conceſſum eſt, vt qui matre Ilienſi eſt, ſit eorum municeps, etiam Delphicis hoc idem tributum, conſeruatum eſt. Celſus refert Ponticis ex beneficio Pompei Magni competere*; &c.

Suppoſito igitur, quod filius patris, non matris originem ſequitur, vt regulare eſſe probat d. l. 1. in princip. l. filios, C. de municipib. lib. 10. & ibidem gloſſ. verbo, non maternis, ſubiungit d. l. 1. verſ. niſi, quod priuilegio, vel beneficio principis poteſt filius maternam originem ſequi.

Sed refragantur Imppp. in l. exẽplo, 36. C. de Decurionibus, lib. 10. vbi ita conſtituunt. *Exemplo Senatorũ ordinis, patris originem vnus quiſque ſequatur, nec valeant ſpecialiter delata reſcripta, ſi quis ſe matris origine defenſa à maiori curia ad minorẽ trãsferi fort aſſe promeruerit, neq; vlla pro more prouinciæ referri finatur exceptio*; vbi apertè infringũt Priuilegia, Reſcripta, vel quælibet alia beneficia Principum, per quæ filios maternam originem ſequi permittatur, contra d. l. 1. verſ. niſi, & conſequenter illius deciſio iam non debet vlterius ſtare.

Variè ſoluunt Doctores, vt videre eſt per Scribentes in prædictis iuribus, & in cap. Rainutius. de teſtament.

20 Tu pro † conciliatione aduerte, in d. l. 1. verſ. niſi, duo proponi, Primum quod ex priuilegio, vel beneficio Principis poteſt filius maternam originem ſequi. Deinde id conſtitutum fuiſſe in filijs Ilienſibus, Delphicis, & Ponticis.

Quoad primum notabile attinet, illud ſine dubio perpetuum eſt: quia nunquam cenſetur Princeps, immò nec poteſt ſibi adimere poteſtatem, ne queat in poſterum aliquid ex iuſta cauſa cõcedere, quod nec iure Diuino, aut Naturali reprobetur. Atque ita adhuc hodie non obſtante d. l. exemplo, ex Priuilegio, Conſuetudine, Reſcripto, vel beneficio Principis, poterit filius maternam originem ſequi, vt confirmatur ex ijs, quæ latè tradit Couar. lib. 3. var. reſol. cap. 13. n. 4.

21 Circa ſecundum verò notabile, quod videlicet præfatis filijs competierit tale priuilegium, id poteſt Princeps ex cauſa adimere, & de facto ademere Imppp. in d. l. exẽplo, vt patet ibi: *Delata reſcripta*; & ibi: *Neque vlla pro more prouinciæ*; &c. per quæ non tollunt poteſtatem futuris Principum Reſcriptis, vel moribus prouinciarũ, ne filij vnquã ex iuſta cauſa maternã ſequantur originem: ſed tantũ ne priuilegia iam cõpetentia vel conſuetudo præcedens aliquod robur habeant. Manet itaque correcta d. l. 1. verſ. niſi, quoad exempla, quæ affert Ilienſium, Delphicorũ, & Ponticorum, ex d. l. exemplo Regulam tamen d. verſ. niſi, nec Imppp. correxere, nec corrigere potuere.

22 Ad † quod maximè cõducit Ord. Luſit. lib. 2. tit. 35. §. 26. vbi circa donationis Regiæ coronæ ex lege mentali coarctandas legiſlator Luſit. infirmat omnia iura, Conſuetudines Priuilegia, vel Stylum per quę tales donationes citra modificationes appoſitas in §§. precedẽtibus donatarijs competerent Subijcitque in hæc verba: *Porem naõ era ſua tencaõ tirar de ſy o poder de diſpenſar com a ditta ley em parte, ou em todo*

todo, nos caſos, em que lhe pareceſſe iuſto, & razoado, ou foſſe ſua merce. id eſt, attamen non intendit auferre à ſe poteſtatem diſpenſandi cum dicta lege, in parte, aut in totum, in caſibus, in quibus ei videretur iuſtum, & rationabile, aut beneficio vti vellet, quod, & de iure inerat, quamuis non exprimeretur: atque ita oſtendit, longe aliud eſſe infringere competentia priuilegia, aliud competibilia de futuro.

SVMMARIVM.

Agitur de interpretatione lege cum tabulis, 16. §. quoniam, ff. de his, quibus vt indign. à numero 1.

Relictum mulieri, ab eo, cum quo ſtuprum contraxerat, aufertur tamquam ab indigna. ibidem.

Relictum concubinæ libertinæ conditionis de iure ciuili omninò validum eſt, num. 2.

Cum liberta aliena licitus eſt concubinatus. ibidem.

Vbi concubinatus de iure permittitur, ceſſat ſtuprum. ibidem.

Explicatur obiter lex prima, verſiculo, ego quidem, ff. de concubin. n. 3.

Ingenua mulier, de iure regulariter concubina eſſe non poterat, numero quarto, & in quibus caſibus eſſe poſſet. ibidem.

Explicatur d. §. quoniam, verſiculo cuius filiam, numero quinto, vbi reprobantur figmenta Accurſii, & aliorum num. 5.

Reprobatur ſummarium Bartoli in dicto §. quoniam. num. 6.

Vbi concubinatus legitimus eſt, concubina vtiliter legari poteſt. ibidem.

Agitur de interpretatione legis Mæuio 41. ff. de legatis 2. à n. 7. & omnino, à n. 12.

Coniunctus verbis tantum, præfertur coniuncto re tantum. n. 8.

Refertur, & reprobatur quædam ſubtiliſſimi primarij præceptoris Conimbricenſis interpretatio ad d. l. Mæuio, n. 11.

Agitur de interpretatione legis ſi is qui, 6. ff. de vulgari, à n. 16. & omnino à n. 17.

Refertur, & reprobatur communis expoſitio. dicto numero 16.

Filius naturalis non poteſt capere ex teſtamento patris, dum adeſt ſoboles legitima. ibidem.

Vxor, quæ ex matrimonio nullos liberos ſuſtulerat, ex teſtamento viri ſolam decimam olim capere poterat. n. 19.

Hæc autem ſolidi capiendi incapacitas reſpiciebat dumtaxat teſtamentum viri. ibidem.

Legis Iuliæ, & Papiæ aſperitas multis in caſibus olim emollita fuit. n. 21.

Teſtamentum patris, & filij non cenſetur vnum & idem, ad inducendas leges Iuliam, & Papiam. ibidem cum ſeq.

Mulier, quæ poſt mortem viri intra triennium non nubebat, incapax fiebat factionis teſtamenti paſſiue. n. 23

Quando quis capere non poteſt ab vnius teſtamento, capere poteſt à teſtamento impuberis filij eius; ſi ceſſat ratio incapacitatis. n. 25.

Id quod hæres ex lege Iulia, & Papia capere non poterat, vel cohæredibus, vel venientibus ab inteſtato deferebatur. n. 26.

Pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus poteſt quis decedere, quando à iure hæres incapax ſolidi efficitur. ibidem.

Explicatur obiter lex prima, C. de ſecundis nupt. ibidem.

Maritus, qui hæres inſtituitur ab vxore, quæ prioris viri annum luctus non impleuit, vltra tertium bonorum incapax eſt, & accreſcit cohæredibus, vel defertur venientibus ab inteſtato. ibidem vbi quoque damnantur opiniones quædam gloſſæ. Incapax non acquirit fiſco. ibidem.

Agitur de interpretatione, l. cum is, 32. §. qui hominem, ff. de condict. indeb. à nu. 27. & omninò à n. 35.

Refertur, & reprobatur quædam interpretatio eiuſdem nouioris. à nu. 28.

Circa electionem reſpectu vtriuſque membri alternatiuę obligationis per errorem ſoluti, cuinam competeret, variarunt veteres Iuris conſulti, & nouiſſimè conceditur debitori ſoluenti, numero 30.

In promiſſione generica nihil ſpecialiter eſt in obligatione, ſed in ſolutione, n. 33.

Explicantur, & conciliantur l. Mæuius, 66. §. duorum, ff. de legatis 2. & l. qui decem, §. Stichum, ff. de ſolutionibus, n. 34.

Verba, vi ipſa, *apponuntur in vim dubitandi. ibidem.*

Circa vnius, eiuſdemque rei acquiſitionem non poteſt duplex cauſa lucratiua concurrere, tam in vltimis voluntatibus, quam in contractibus. ibidem.

Legatum hominis in genere non poteſt impleri in eo, qui legatarij erat tempore conditi teſtamenti. ibidem. ſecus in promiſſione.

Explicatur & conciliatur l. ſi non ſortem; §. ſi decem, ff. de condict. indeb. cum noſtro §. qui hominem, nu. 36.

Etiam attento iure Digeſtorum qui debebat genus, & ſpeciem alternatiuè: ſi per errorem aliquam generis ſpeciem ſoluebat, poterat illam, ſi vellet, repetere. Regulariter tamen eo tempore electio creditoris erat. ibidem.

Digitized by Google

CAPVT XVIII.

Ad Papin. in l. cum tabulis, 16. §. quoniam, ff. de his, quæ vt indign. & ad Iauolenum, in l. Mæuio, 42. ff. de legatis 2. & ad Terent. Clementem, in l. ſi is, qui, 6. ff. de vulgari, & ad Iulianum, in l. cum is, 32. §. qui hominem, ff. de condict. indeb.

Ad Papin. d. §. quoniam.

1 VBi † lib. 8. reſponſorum, ita inquit: *Quoniam ſtuprum in ea contrahi non placuit, quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur eius, qui concubinam habuit, quod teſtamentum relictum eſt, actio non denegabitur, idque in teſtamento Cocceí Caſſiani clariſſimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi, maximi que Principes noſtri iudicauerunt: cuius filiam, quam alumnam teſtamento Caſſianus nepti cohæredem datam appellauerat, vulgo quæſitam apparuit.*

Incredibilia ſunt deliramenta (ſi ita fas eſt loqui) quæ ordinarij interpretes hic confingunt, vt ſenſum Papiniano tribuant, qui ab eorum explicatione diſſidet longiſſimè.

Manebit autem planus, ſi aduertas regulam, quam ipſe propoſuerat in l. mulierem, 14. ff. eodem tit. decidens, mulierem ſtupro cognitam, indignam effici, nec quidquam retinere poſſe ex teſtamento eius, cum quo ſtuprum contraxerat; contrarium innuens, ſi ſtuprum ceſſaret, licet cognita a teſtatore eſſet.

2 Quo † ſuppoſito, proponit in præſenti duos caſus, qui prima facie in dictam regulam incidere videbantur. Primus erat, quando quis libertam alterius in concubinam aſſumit; & ratio dubitandi oriebatur ex l. 1. ff. de concubinis. ibi: *Ego quidem probo in concubina, adimendum ei connubium, ſi patronum inuitum deſerat*; &c. Quaſi etiam in concubinam alterius aſſumi nequiret: & conſequenter ſtuprum contrahatur, & indignitas, vel etiam ex eo, quod liberta aliena eſſet, quam concubinam inuito patrono nemo aſſumere poſſe videbatur.

Verum Papin. nec ſtuprum committi, nec cõſequenter indignitatẽ contrahi in dicto caſu decidit: nam ſiue liberta concubinatui patroni tradita fuerit, & ab ipſo diſcedat, alij vt ſit in concubinatu: ſiue concubinam ſe eſſe patroni nunquam patiatur, ab alioque vt concubina cognita fuerit, omnino capax eſt eorum, quæ ex teſtamento cognoſcentis relinquuntur. Et mouetur ex eo, quia in his terminis ſtuprum cum ipſa non contrahitur, quod erat exceptio ſuprapoſitæ regulæ, dicta lege mulierem, & probat text. in lege prima, in princip. & in lege tertia, ff. de concubinis. vbi cum liberta etiam aliena concubinatus reſpectu cuiuſquam licitus eſt de iure ciuili; & vbi concubinatus de iure permittitur, ceſſat ſtuprũ d. l. 1. in fine princip. ff. de concubinis.

3 Nec † obſtat eadem lex prima, in verbis ſupra in vim dubitandi adductis: quia cum lex in pœnam libertæ concubinatum patroni reſpuentis, eidem adimat cum altero connubium, vtpote pœnalis, trahenda non eſt ad prohibitionem etiam concubinatus, vt notant omnes, per text. in lege ſi verò, §. de viro, ff. ſoluto matrimonio. præcipuè, cum dicta lex prima expreſſim connubium taxatiue adimat. Nec item quilibet prohibebatur alienam libertam in concubinam aſſumere, etiam inuito patrono, vt probat generalitas legis tertiæ ff. de concubinis.

4 Secundus † caſus (quem Papinianus in confirmationem præcedentis adducit) eſt, quando quis ingenuam mulierem in cuncubinam aſſumit; & videbatur, quod tunc ſtuprum contraheretur, nec concubina eſſe poſſet, & conſequenter reſpectu eius, qui eandem cognouerat, quod teſtamento relictum erat, actio deneganda foret: nam regulare erat, quod ingenua mulier concubina eſſe non poſſet ob pœnam ſtupri, lege prima verſ. cum Atilicino, ff. de concubinis; & ibidem gloſſa, verbo, quam matremfamil. & verbo, ſtuprum non committitur, & lege 3. ff. eod. tit.

Quia tamen ingenua in pluribus caſibus poterat eſſe concubina, tunc ceſſaret pœna ſtupri, vt ecce, quando damnata adulterij fuiſſet, d. l. 1. §. qui autem, ff. de coucubin. vel quæ obſcuro loco nata eſſet, aut corpore quæſtum feciſſet, aut quando cum teſtatione hoc manifeſtum faciente aſſumeretur, d. l. 3. propterea Pap. in d. §. quoniam, volens oſtendere Rufinam, licet ingenuam, poſſe capere ex teſtamento Coccei Caſſiani, ſubiecit præfatam Rufinam vulgo filiam quæſiuiſſe; quam idem Coccius Caſſianus cohæredem nepti dederat, ita oſtendens, Rufinam vulgaſſe corpus ſuum, & conſequenter ſine labe ſtupri potuiſſe cognoſci, vel in concubinã aſſumi.

5 Vnde † liberandus venit verſic. cuius filiam, à varia, ac multiplici confabulatione Accurtij, & reliquorum interpretum: qui omnes violant literam, & merè diuinant: putat enim Accurt. filiam Rufinæ fuiſſe attentatã à

Coc-

Cocceio Caſſiano: nam mentio filiæ, vt ex dictis patet, facta dumtaxat fuit, vt oſtenderetur eſſe vulgo quæſita, & per antecedens neceſſarium matrem ſuam Rufinam corpus ſuum vulgaſſe: & ita, quamuis ingenuam, poſſe eſſe concubinam ſine ſtupri ſuſpicione, d. l. 3. quod erat intentum Papin. vt illam capacem rederet relictorum in teſtamento Coccei Caſſiani; quod autem ibidem dicatur filiam Rufinæ fuiſſe à Cocceio inſtitutã, id de facto enarratum eſt, vt obiter oſtenderet grandem Caſſiani affectionem in Rufinam, adeo, vt etiam eiuſdem filiam, quæ vulgo quæſita erat, inſtitueret ſibi hæredem.

6 Infertur † etiam, quam abſurdè Bart. & reliqui ſummariam cõcluſionem deduxerint ex d. §. quoniam, dum dicunt, ibidem probari inimicitias inter legatarium, & teſtatorem prouenientes abſq; culpa legatarij, non reddere indignum legatarium ſibi relicto à teſtatore. Ratio autem damnandi ſummarij eſt, quia in hoc textu non agitur de patrono à propria liberta deſerto aliquidquè ſimul libertæ legante: ſed potius de eo, qui alienam libertam inuito patrono in concubinam aſſumpſit, eidemque aliquid legauit, vt apertè text. demonſtrat, & patet etiam exemplo Rufinæ, de qua in verſ. idemque, vbi tota ratio dubitandi, non circa inimicitias aliquas, ſed tantum circa labem ſtupri verſatur; & tandem ratio decidendi non à cauſa inimicitiarum, ſed a ceſſatione ſtupri deducitur vt patet ibi: *Quoniam ſtuprum in ea contrahi non placuit*; &c. fruſtra igitur recurritur ad inutiles, & imaginarias inimicitias patroni. vnde ſummarium verè, ac vtiliter extrahi ita debet; ſecundum ius ciuile vbi datur legitimus concubinatus, concubinæ relinqui teſtamento poteſt, eidemque actio non denegatur.

Ad Iauolenum, in lege Mæuio, 41. ff. de legatis 2.

VVbi † lib. 7. epiſt. ita ſcribit. *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego. Eundem fundum Titio lego. ſi Seius deceſſerit, pars eius vtrique accreſcit; quia cum ſeparatim, & partes fundi, & totus legatus ſit, neceſſe eſt, vt ea pars, quæ ceſſat, pro portione legati, cuiq; eorum, quibus fundus ſeparatim legatus eſt accreſcat.*

Obſtat tamen maximè, quia cõiunctus, præfertur diſiuncto, l. re coniuncti, 89. ff. de legatis 3. vbi notatur. At Titius erat re coniunctus cum Mæuio, & Seio diſcretiuè vocatis, ergo ad portionem Seij deficienten ſolus Titius, non verò ſimul Mæuius vocandus erat.

8 Vnde † Accurt. ibidẽ, verb., Mæuio, ſoluit primò, dicens, Mæuium, & Seium fuiſſe coniunctos verbis. Sed reprobatur, quia tunc Mæuio, non verò ſimul Titio debuiſſet adcreſcere portio deficiens: quia coniunctio verbalis præfertur coniunctioni re tantum, iuxta verum intellectum d. l. re coniuncti, verſ. vlt. quidquid contradicat ſubtiliſſimus Ant. Goueanus, nobili origine Luſitanus, in tract. de iure accreſcendi à n. 14. & alij.

9 Quapropter † Accurt. vbi ſupra, ex ſententia aliorum inquit, Mæuium & Seium fuiſſe vocatos in eandem dimidiam coniunctim re, Titium uero eſſe coniunctum verbis, & ita vtrumquè concurrere ad portionem deficientem. Verum & hæc interpretatio reprobatur ab Accurtio, ex ſuprapoſito fundamento.

10 Tandem † ipſe Acurt. putat Mæuium, Seium, & Titium, fuiſſe coniunctos re in fundo, vnde nihil mirum, quod Mæuius, & Titius concurrant ad portionem deficientem Seij. Ceterum Accurt. non probat coniunctionem; quinimmo text. oſtendit diſiunctionem. Deinde non explicat, an realis coniunctio omnium ſit æqualis, ad effectum, vt æqualis ſit portionis deficientis partitio.

11 Subtiliſſimus † quidem, ac doctiſſimus primarius Conimbricenſis, in priuatis ſcholijs ad tit. de rebus dubijs, putauit, quod in terminis huius text. Titius tertius legatarius in effectu habet dimidiam, & Mæuius cum Seio alteram dimidiam: vnde in portione Seij deficientis debebat vterque concurrere.

Sed & hęc interpretatio nequaquam poteſt ſuſtineri: quia licet fateamur tantum Mæuio, & Seio ſimul fuiſſe legatum, quantum Titio ſoli, nihilominus tamen Titius habebat integrum fundum niſi concurſu Mæuij, & Seij partes fierent, l. plane, 34. §. ſi cõiunctim, verſ. ſed ſi, ff. de legatis 1. vltra alios notat Cuiac. ad Vlp. in Fragm. tit. 24. de legatis litera C. ergo non concurrente Seio illius pars debet accreſcere Titio & Mæuio, ſed potius non decreſcere Titio tantum, cui totus fundus legatus fuit. Deinde, ſi prædicta explicatio ſupponit, Mæuium, & Seium fuiſſe coniunctos in dimidia fundi parte, partitio deficientis portionis Seij, non in partes æquales, ſed inæqualiter fieret, cum tamen text. oſtendant, eſſe æqualiter faciendam, vt probabimus.

Manet igitur penè inſolubilis nodus, quem fruſtra diſſoluere tentarunt antiqui, & recentiores interpretes, quos longum eſſet referre, ac refellere.

12 Ego† pro vera interpretione, aduerto, text. ſupponere, omnibus, videlicet Mæuio, Seio, & Titio fundum inſolidum ſeparatim legatũ fuiſſe: nam in primis teſtator legauit Mæuio fundum, eundem poſtea Seio: & volens explicare, quod à iure inerat concurrente vtroque legatario, declarauit in hunc modum: *Mæuio fundi partem, Seio partem dimidiam lego;* quaſi diceret, licet vtrique legauerim fundum ſeparatim, ea tamen eſt mea mens, vt vtriq; per concurſum in partes æquales præſtetur. Vlterius proceſſit teſtator, & eundem fundum Titio legauit; & quod hi fuiſſent termini huius text. patet ibi: *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam*; &c. quæ verba præſupponunt alia, quorum diſtributionem operantur: illa enim oratio abſque vlla copula, ſignificat aliam præexiſtere copulatam, quam exponit, ac diſtribuit. Deinde idem probatur ibi: *Quia cum ſeparatim, & partes fundi, & totus legatus ſit*; &c. quæ verba demonſtrant, eis, in quorum perſona partes fundi ſunt ſeparatæ, totum etiam fundum fuiſſe legatum: nam mentio partium, & totius fundi, debet reſpicere eum, in quo dabatur ratio dubitandi, an eidem etiam portio deficiens competeret. Denique id euidenter probatur ibi: *Cuique eorum, quibus fundus ſeparatim legatus eſt, accreſcat:* vbi apertiſſimè ſupponit Iauolenus, omnibus fuiſſe ſeparatim, & in ſolidum fundum legatum: & conſequenter ortam æqualem, ac realem coniunctionem.

Quo ſuppoſito, quæſiuit I.c. an Seio decedente, eius portio deficiens adcreſcat ſoli Titio (cui vltimo loco totus fundus legatus erat) an etiam Mæuio, (cui idem fundus cum Seio fuerat per teſtatorem diuiſus, antea vtrique in ſolidum legatus) excitabat dubitandi rationem: quia licet fundus in ſolidum alterutri, ſcilicet Mæuio, & Seio legatus olim fuerit, poſtea tamen teſtator partes deſtribuendo videbatur eos ſeparaſſe: ita vt iam non coniuncti re, ſed potius omninò diſiuncti cenſerentur: & ita vterque ſolum ſeparatim coniunctus re, cum Titio vltimo legatario pro quarta parte maneret.

Qua dubitandi ratione non obſtante, inquit Iauolenus, omnes eſſe coniunctos re, & æqualiter: quia teſtator partes exprimendo in Mæuio, & Seio, nil aliud voluit, niſi exprimere diſpoſitionem iuris, quando videlicet vterque ad legatum concurreret, & ita in Mæuio, & Titio vltimo legatario par reperitur ius accreſcendi.

13 Vnde † notabiliter infertur, quod in hoc textu Mæuius, & Titius, diuidunt fundum æqualiter, cum vtrique legatus ſit in ſolidum, iuxta ſupradicta: non verò diuidetur fundus in quatuor portiones, & binæ ex diſpoſitione teſtatoris competant Titio; vna verò Mæuio: & poſtea vltima quarta Seij deficiens, vtrique inæqualiter accreſcat. Hæc enim diuiſio ex iure accreſcendi non poteſt contingere ex dictis: quia ſi datur coniunctio verbalis inter Mæuium, & Seium, alterutri tantum accreſcit alterius portio deficiens, non verò ſimul Titio: realis verò non poteſt eſſe inter ipſos reſpectu dimidiæ partis, ergo, &c.

14 Infertur † deinde, quod ſi in hoc textu, Seius non decederet, immò peteret ſibi legatam fundi partem, non dimidiam Mæuium, & Seiũ laturos, Titium verò aliam dimidiam: ſed omnes in trientes vocandos, quia ſcilicet vnicuique in ſolidum fundus legatus erat.

Nec obſtant illa verba: *Mæuio fundi partẽ dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego*; &c. nam ſuppoſito, quod idem fundus legatus fuerit in ſolidum vnicuique, & Mæuio, & Seio, aſſignatio partium in dubio non mutauit diſpoſitionem iuris, ſed declarauit eam, quæ regularis erat, & quæ ſperari poterat Seio non mortuo; ſcilicet diſtributio per concurſum in duos ſemiſſes. Cũ autem inſuper eundem fundum in ſolidum Titio legauit, non iam dimidiam Titio, & alijs duobus alteram dimidiam, ſed iuxta primam diſpoſitionem, vtrobique dato pari iure, omnes vocatos fuiſſe in trientes: & ita à ſingulis Mæuio videlicet, & Seio, qui iuris cenſura ad duos ſemiſſes vocati cenſebantur, dempto ſextante, vocantur in trientes; & in alium, qui ſupereſt, recipitur Titius, cui fundus vltimo loco legatus fuerat. Et inde eſt, quod mortuo Seio, illius portio deficiens, trientem efficit, qui diuiſus æqualiter, & ſupradditus trientibus Mæuij, & Titij, in vnoquoque efficit ſemiſſem.

15 Infertur † tandem, quod ſi vera eſſet opinio doctiſs. Goueani ſupra relati, dicentis, in coniunctis verbo tantum, non dari ius accreſcendi: & in noſtro textu, per teſtatorem eſſent partes à principio aſſignatæ coniunctis verbo, ſicut per Goueanum portio deficiens in verbo coniunctis maneret penes hæredem, ita manere deberet penes ſolum Titium, cui denique totus fundus legatus fuerat, quod text. negat. Nec valet argumentum Goueani, quod ſicut debet accreſcere legatario totius fundi, qui hæredi præfertur, ita debet pro ratione legati accreſcere Mæuio, facto argumento de toto ad partem; quia replicamus, quod ſi partitio legati in Mæuio impedit omninò ius accreſcendi ex voluntate defuncti, nulla portio debebat decreſcere Titio, cui in ſolidum fundus legatus erat: quia vmbra Titij non debebat immutare diſpoſitionem iuris,

ris, & voluntatis, quæ omninò ius accreſcendi denegauerat coniuncto verbis tantum, quod tamen text. noſter negat. Noſtram igitur ſententiam ſequi debemus, contra doctiſs. Goueanum.

Ad Terent. Clement. in l. ſi is qui, 6. ff. de vulgari.

16 CLemens † lib. 4. ad leg. Iuliam, & Papiam, ita inquit: *Siis, qui ex bonis ſolidum capere nõ poſſit, ſubſtitutus ſit ab eo impuberi filio eius, ſolidum ex ea cauſa capiet, quaſi à pupillo capiat. Sed hoc ita interpretari Iulianus noſter videtur, vt ex bonis, quæ teſtatoris fuerant, amplius capere non poſſit*; &c.

Frequenti calculo intelligitur text. iſte loqui de filio naturali, vel ſpurio, qui in totum, vel in partem incapax eſt reſpectu parentum teſtatorum, vt ex multis tradit Luſitanus Coſta, in cap. ſi pater, 2. parte, verbo, bona omnia, nu. 7. extra, de teſtam. in 6. latè Franciſc. Caldas, in repet. l. ſi curatorem, verbo, ſua facilitate, numero, 23. C. de in integr. reſtit. minor.

Verum iſta communis interpretatio falſa eſt. tum, quia text. ſupponit, iſtum ſubſtitutum eſſe capacem alicuius partis, licet non ſolidi, vt patet ibi: *Solidum capere*; &c. & ibi: *Vt ex bonis, quæ teſtatoris fuerant, amplius capere non poſſit*; &c. quod nec in naturalibus, vel ſpurijs filijs verificari poterat, non enim aliquid obtinent ex teſtamento patris, etiam naturales filij, quando datur legitima ſoboles, vt probat l. iubemus, 6. C. de naturalibus liber. conſtat autem in noſtro textu extare filiũ legitimum, cum eidem ſubſtituere potuiſſet pupillariter, quod non niſi legitimo patri, qui filium impuberem in poteſtate habet, permittebatur, l. 2. in princip. ff. de vulgari, princip. Inſt. de pupill. ſubſtit.

1 Vnde † noſtram l. ſi is qui, intelligimus in terminis legis Iuliæ, & Papiæ, iuxta inſcriptionem I. c. Terentij, vt obiter intelligit Cuiac. ad Vlp. in Fragm. tit. 14. Eduardus Caldeira, lib. 4. variar. lect. cap. 3. nu. 17. Hiſpanus Pichardo, ſub princip. Inſt. de hęredit. quæ ab inteſt. in tit. de legitima filiorum naturalium ſucceſſione, nu. 12. conſtat autem ex lege Iulia, & Papia cælibi, vel orbo, ſolidum capere non permitti, vt etiam tradit Tertullianus, lib. de Monogamia.

18 De duobus † igitur agendum è ad genuinã interpretationem noſtri textus. Primum, ex quo capite ſecundum legem Iuliam, & Papiã, iſte de quo in textu, ſolidum capere non poterat, aliquid autem poſſit? cum non poſſit intelligi de cęlibe intra centum dies non nubente; nec de Latino Iuniano, qui ius Quiritium conſecutus non eſt, vt ait Vlp. in Fragm. tit. 17. in princip. quia vterque tunc nihil capiebat: certum autem erat ex d. l. Iulia & Papia, aliquando ſolidum, aliquando aliquid, aliquando nihil capi poſſe, vt patet ex Vlp. d. tit. 17. cum duobus præced. & ex l. ſi ſeruus eius, ff. de aquir. hæred.

Secundum quæſitum; ſi ob dictas leges erat impeditus ſolidum capere ex teſtamento patris, quomodo poteſt ex dicto filij teſtamento? cum videatur idem impedimentum verſari reſpectu cuiuslibet teſtatoris, & teſtamenti.

19 Prædictis † ſatisfaciens, quod interim coniectari licet, puto I. c. in noſtro textu de vxore loqui, quæ cum in matrimonio eſſet, nullos liberos ſuſtulit, & ex teſtamento viri ſolam decimam capere poterat vltra ſuam dotem ex lege Iulia, vt tradit Vlpianus titulo 15. ad finem. Si quis igitur ex primo matrimonio habuit filium impuberem, poſteaque ad ſecunda vota conuolauit, ex quibus nullo liberorũ relicto deceſſit: & ſecundam vxorem hæredem inſtituit, & ſubſtituit filio impuberi: quamuis dicta mulier ex bonis mariti teſtatoris ſolidum capere non poſſit, ſed tantum decimam: nihilominus tamen ex ſubſtitutione pupilllari ſolidum capere poterat: quia impedimentum illud ſolidi capiendi erat dumtaxat inter ipſos coniuges: non verò inter alias perſonas, vt colligitur ex Vlp. in Fragm. d. tit. 15. ſentitque text. noſter ibi: *Quaſi a pupillo capiat*, vbi impedimentum eſſe ſolum reſpectu patris teſtatoris apertè innuit.

20 Vnde † ratio dubitandi huius text. erat, quod ſicut d. mulier ſolidum capere non poterat ex lege Iulia, & Papia, iuxta ſupradicta: etiam ex ſubſtitutione capere non debebat; cum patris, & filij vnum, idemque ſit teſtamentum, l. patris & filij, ff. de vulgari.

21 Attamen † cum aſperitatem dictarum legum I. conſulti conati fuerint emollire, vt tradit Iuſtinianus in l. vnica. in princip. C. caducis tollend. & effectu ipſo oſtendit Terent. Clemens ad legem Iul. & Pap. in l. ſi quis ſolidum, 72. ff. de hæred. inſtit. l. ſed ſi hoc, 62. in princip. & §. 1. ff de cond. & demonſtr. & in l. quoties, 62. ff. ad lege in Falcid. & in ſimili tradit Eduard. Caldeira, vbi ſupra, nu. 16. merito & in præſenti coangustatæ ſunt dictæ leges Iulia, & Papia, vt quoad ipſarum excluſionem, omnino diuerſum cenſeatur teſtamen-

tum

tum patris & filij impuberis.

22 Et quia † tunc durum videbatur præfatas leges ſimpliciter coarctare in noſtris terminis: hoc ita moderatur Iulianus (inquit Terẽtius in noſtra lege,) vt ex bonis, quæ teſtatoris fuerant, amplius capere non poſſit, hoc eſt, ne per indirectum omninò fraudentur dd. leges (vt in ſimili dicitur in l. quod conditionis, 26. iuncta inſcriptione, ff. de donat. cauſ. mort.) ex bonis teſtatoris ſolum capiet dicta mulier, quantum per leges Iuliam, & Papiam licet, ſiue ante, ſiue poſtquam ad pupillum perueniſſent: ſolumque ſolidum ex bonis pupilli caperet, ſi talia bona aliundè pupillus adquiſiſſet, vel exhæredato illi ſubſtitutio facta fuiſſet.

23 In hac † tamen ſpecie reſpectu bonorum pupillarium adhuc obſtabat aliud caput legis Iuliæ, & Papiæ, de quo Vlp. in Fragm. tit. 14. nam ſi vxor poſt mortem viri intra biennium, vel triennium (vt mauult Cuiac. ſuper d. tit. 14.) non nuberet, dicta ſubſtitutio caduca fiebat: cum nihil capere poſſet à quolibet teſtamento, Vlp. d. tit. 14. & ibidem Cuiac.

24 Ex quibus † iam ſatisfieri poteſt ſecundo quæſito ſuprapoſito: nam propterea mulier, de qua ſupra ſuccedebat in ſolidum pupillo, non verò teſtatori, quia incapacitas ſolidi, ſolum erat reſpectu teſtatoris, iuxta ſupradicta: non verò reſpectu pupilli; vnde nihil mirum, quod ceſſante fraude, qui non poteſt ſuccedere patri teſtatori propter aliquod impedimentum, ſuccedat filio, ſi ceſſat impedimentum.

25 Et quamuis † iam hodie ſint ſublatæ tam cęlibatus pęnæ, quam decimarum perceptiones, iuxta l. 1. C. de infirmand. pęnis cælib. & decimar. ſubl. adhuc tamen hodie text. iſte, id probabit, quod quando incapacitas ſuccedendi vel in totum, vel in partem, conſideratur reſpectu alicuius teſtatoris in particulari, ea quidem ceſſabit reſpectu filij impuberis eiuſdem teſtatoris: ſi ceſſet fraus legis, hoc eſt, dummodò per indirectum id quod teſtatoris fuit, ad d. incapacem non perueniat.

26 Illud † autem, quod capere hæres inſtitutus non poterat, prohibente lege Iulia, & Papia, vel ad cohæredes, vel ſi nullus alius hæres in eo teſtamento reperiebatur, ad legitimos pertinebat, vt in terminis earundem legum tradit I.C. Caius, in l. ſi Titio, 55. §. 1. in vltimis verbis, ff. de legatis 2. non enim inconuenit, quem pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum decedere, quando id prouenit ex neceſſitate iuris. Vnde l. 1. C. de ſecundis nupt. dum in illis terminis marito ſolum concedit tertium bonorum, & eorum tantum eundem reddit capacem, ſiue inſtituatur in ſolidum, ſiue in illo tertio, reliqua bona ad legitimos peruenient, quidquid dicat Accurt. in l. ius noſtrum, ff. de regulis iuris; & inde eſt, quod non requiritur, vt in omnibus bonis hæres ſcribatur: quia lex ſolius tertij reddit maritum capacem: & ſicut ipſa partem excedentem de ſert legitimis hæredibus, d. l. ſi Titio, §. 1. in vlt. verbo, perinde ac ſi data non eſſet; idem neceſſario fateri debemus, quando non eſt data: nec enim requiritur dari, quod lex pro nõ dato cenſet. Multo deterius opinatur gloſſa, dum putat auferendum tanquam ab indigno illud, quod tertium excedit; & fiſco applicandum, motus argumento l. ex facto, 43. §. vlt. ff. de vulgari: nam maritus in terminis d. l. 1. reſpectu partis excedentis, non eſt indignus, ſed incapax, vt patet ex d. l. Titio, §. 1. & ex omnibus iuribus ſupra citatis: nam lex iubet hunc amplius non capere, non verò permittit capere, vt ab eo auferatur: indignus autẽ capit, licet ab eo auferatur; & ita procedit d. l. ex facto, §. vlt. de quo latè egimus ſupra lib. 1. cap. 6. à nu. 7. & fat clarè id conſtituit d. l. 1.

Ad Iulianum in l. cum is, 32. §. qui hominem, ff. de cond. indeb.

27 VBi ita † ſcribit: *Qui hominem generaliter promiſit, ſimilis eſt ei, qui hominem, aut decem debet: & ideo ſi cum exiſtimaret, ſe Stichum promiſiſſe, eum dederit, condicet: alium autem quemlibet dando liberari poterit.*

Torquentur Doctores circa interpretationem huius textus, cum aliàs dicat Celſus, in l. ſi is cui, 19. ff. de legatis 2. quod alterutro alternatiuæ membro ſoluto, licet per errorem amplius repetitio non datur; & in ſpecie eſt Vlp. in l. ſi non ſortem, 26. §. ſi decem, ff. de condict. indeb. vbi decidit, quod ſimul ac alterutrum ex membris alternatiuæ etiam per errorem ſoluitur, ſtatim liberatio contingit.

28 Omiſſis † varijs reſponſionibus Doctorũ, quæ apertè violant textum, reſtat tandem interpretatio cuiuſdam nouioris ſubtiliſſimi Doctoris Conimbricenſis (qui mortuus eſt) in ſcholijs ad hunc tit. dicentis, hic ſubintelligendos terminos habiles, vt æquiparatio genericæ, & alternatiuæ procedat: ſcilicet, vt quemadmodum ſoluto homine, qui antea in genere debebatur, putante debitore fuiſſe in ſpecie debitum, competit condictio: ita etiam ſoluto vtroque alternatiuæ membro, competet repetitio debitori putanti per errorem, vtrũque debuiſſe: nec enim aliter debitori alternatiuæ competit repetitio; & ita valere argumen-

gumentum ab vtroque alternatiuæ membro ſoluto, ad ſpeciem ſub genere promiſſam, & per errorem tanquam ſpecialiter debitam ſolutam.

29 Verum † implacabiliter tunc aduerſatur Vlp. in d. l. ſi non ſortem, §. ſi decem, in fine, ibi: *Quamuis vtroque ſimul ſoluto, mihi retinendi, quod vellem, arbitrium datur*; vbi vtroque alternatiuæ membro ſoluto, non debitori ſoluenti, ſed creditori recipienti, & retinenti competit electio, ergo falſum ſupponit, præfata interpretatio.

30 Quapropter † pro ſolutione præmitte, olim I. conſultos in varias ſciſſos fuiſſe opiniones in hac materia, quando videlicet vtroque mēbro alternatiuæ per errorem ſoluto, cui nam electio competeret, debitori ne ſoluenti; vel creditori, qui receperat? vt latè proponit Imp. in l. penult. C. de condict. indeb. vbi refert Vlp. Marcellum, & Celſum putaſſe electionem eſſe creditoris, cui ſolutum fuerat; quod confimat Vlp. in d. §. ſi decem, in contrarium autem iuiſſe Papin. & ante eum Iulianum, qui autor eſt noſtræ l. cum is.

Et cum Imp. in d. l. penult. apertè ſequatur opinionem Papin. & Iuliani, ex eleganti ratione, qua mouebantur, iam apparet correctam eſſe deciſionem Vlp. in d. §. ſi decem, & Celſi in d. l. ſi is cui, ff. de legatis 2. dum vtroq; alternatiuæ membro per errorem ſoluto, concedunt creditori electionem.

31 Hoc † rectè ſtat inter Vlp. & Imperat. Verum inter Vlp. in d. §. ſi decem, & Iulianum in noſtro §. qui hominem, manet ſuprapoſita difficultas: tum, quia alter alterum non poterat corrigere; tum etiam, quia dum a compilatoribus ibidem ſub eodem tit. & penè ſucceſſiuè relinquuntur, non eſt credendum, vt repugnantes reliquiſſe.

32 Vnde † ſecundo præmitte, Vlp. in d. §. ſi decem, & Imperat. dum illum, & eiuſdem ſententiæ ſectatores reprobat, in d. l. penult. ſemper loqui, quando vtrumque alternatiuæ membrum ſpeciale eſt, v. g. ſi Stichus, aut decem promittantur, & patet in d. l. penult. ibi: *Si quis ſeruus certi nominis, aut quantitatem quādam ſolidorum*; &c. Iulianum verò in noſtro §. qui hominem, loqui quando vnum alternatiuæ membrum eſt genericum, vt patet ibi: *Similis eſt ei, qui hominem, aut decem debet*; &c.

33 Tertiò † præmitte, in promiſſione generis nihil ſpecialiter eſſe in obligatione, ſed in ſolutione, vt probat l. cum incertus, † 3. ff. de legatis 1. & ibi eleganter tradit Bart. & reliqui, vbi reſoluunt id videri relictum in legato generis, quod legitimè ſoluitur, notat gloſs. in præſenti, verbo, qui hominem.

34 Nec obſtat † Papin. in l. Mæuius, 66. §. duorum, ff. de legatis 2. ibi: *Hominis enim legatum orationis compendio ſingulos homines continet, vtque ab initio non conſiſtit, in his, qui legatarij fuerunt, ita fruſtra ſoluitur, cuius dominium poſtea legatarius adeptus eſt*; &c. Nam obiter aduerte Papiniano obſtare Marcellū, in l. qui decem, §. Stichum, ff. de ſolutionibus, ibi: *Sed ei, qui hominem dari ſtipulatus eſt, vnum etiam ex ijs, qui tunc ſtipulatori ſeruierant, dando promiſſor liberatur; vi quidem ipſa, & hic ex his dari ſtipulatus eſt, qui eius non erat*; &c. Et pro conciliatione diuinant interpretes, & aliqui corrigunt literam, mutando verbum, *vnum*, pro *num*, poſita in fine interrogatione; Quaſi tantum quærat I. c. an ex illis, qui tunc ſtipulatoris ſerui erant, aliquis ſolui poſſit? & decidat negatiuè in verſ. vi quidem. Sed iſtæ correctiones ſuſpectæ ſunt, & omninò ablegandæ: in præſentique maximè incongruit: nam verba illa, *vt quidem ipſa*, non ſunt deciſiua, ſed potius dubitatiua præcedentis deciſionis: ſemper enim in vim dubitandi adducuntur, vt apparet ex l. cogi, §. & generaliter, ff. ad S. c. Treb. l. ſi vnus, §. illud, ff. de pactis. Alciat. lib. 1. Parerg cap. 28. & in ſpecie Ant. Faber, lib. 2. Coniect. cap. 15. vbi etiam prædictam emendationem reijcit. Quod ſatis comprobat aduerſatiua verſ. ſed ei, & ea, quæ in fine eiuſdem textus dicuntur. Quamobrem breuiter dic Papin. in d. §. duorum, illam tradere ſpeciem, in qua duorum teſtamentis homo in genere alicui relinquitur: & reſoluit, ſi Stichus ſoluatur ab vno ex dictis teſtamentis: & idem Stichus deſinat eſſe legatarij, quod iterum ab altero teſtamento ſolui non debet; ne videlicet circa vnum, & idem, duplex cauſa lucratiua effectualiter concurrat; cum in talem finem à legatario vendi poſſit, & per indirectum eiuſdem æſtimationem, & dominium conſequi. Circa quod ſubiungit, eandem eſſe rationem ſtipulationis, vt videlicet in dictis terminis non valeàt ſolutio in eo, qui ab alio promiſſore, vel qualibet alia lucratiua cauſa ſtipulatori poſtea acquiſitus fuerit (excepto ſpeciali caſu l. ſi quis duos, in princip. ff. de ſolutionibus, ſuadente regula l. Arianus, ff. de oblig. & act.) vt inquit I. c. in l. inter ſtipulantem, §. ſi rem, ff. de verb. oblig. ibi: *Si rem, quam ex cauſa lucratiua ſtipulatus ſum, nactus fuero, euaneſcet ſtipulatio*; &c. tradit Connan. lib. 6. Comment. iuris, cap. 4. nu. 3. nec in his terminis loquitur Marcellus, in d. §. Stichum, quod autem generaliter ſubnectit Papin. in d. §. duorū, verſ. hominis enim legatum, ſpecialiter procedit in vltimis voluntatibus, vt plenius obſeruentur, l. in teſtamentis, ff. de regulis iuris: non ita in

con-

Digitized by Google

contractibus, qui ſemper accipiuntur, vt facilior ſit ſolutio debitoris, eique latior campus pateat, d. l. Arianus, ff. de obligat. & act. & propterea Papin. in d. §. duorum, poſt hanc rationem non ſubiunxit, eandem eſſe rationē ſtipulationis; quaſi ſpecialiter militaret in vltimis voluntatibus. Vnde ex d. §. Duorum, non colligitur ſimpliciter continere, ſed tantum ad effectum de quo ibidem, vt videlicet, non poſſit præſtari ea, quæ tempore teſtamēti erat legatarij: vel quæ poſtea ipſius ſimpliciter facta fuerit ex cauſa lucratiua, quamuis eſſe deſinat. Et inde eſt, quod etiam in vltimis voluntatibus legatum generis in ea tantū ſpecie verificatur, quæ legitime fuerit ſoluta, dummodo legatarij non fuerit. d. l. cum incertus, & ibi Bart. ff. de legatis primo, in quo parem eſſe rationem promiſſionis probat d. l. qui decem, §. Stichum. ff. de ſolutionibus: licet tunc etiam verificetur in ijs, quæ ſtipulatoris fuerant.

35 Quibus † præmiſſis, infertur vera interpretatio ad noſtram l. cum is, §. qui hominem, & conciliatio cum d. l. ſi non ſortem, §. ſi decē, ſupra, eodem tit. nam §. noſter loquitur in alternatiua, cuius quoddam membrum erat generale (vt ibidem, licet ſubdubius tetigit Accurt. in gloſs. 1.) in quibus terminis non procedebat contrarietas ſectarum, de quibus ſupra egimus, & qua ſuppoſita, loquitur d. §. ſi decem, & d. l. ſi is cui, ff. de legatis 2. & ita ſi quis, qui aliquid in genere promiſit alternatiuè cum certa aliqua quantitate, vel re; & vnā illius generis ſpeciem per errorem ſoluat, putans illam debere, poterit repetere, quamuis, ſi tunc temporis nullum alternatiuæ membrū eſſet genericum, non ita facilè repetitio concederetur; quia quidam ex I. conſultis id denegabant, electionem creditori tribuentes; quidam verò concedebant, conſeruata electione debitori.

Et licet mens Iauoleni in noſtro §. qui hominem, fuerit, deducere rationem decidendi à ſua opinione, & ratione, quam Pap. ſequebatur, videlicet quod electio repetendi competeret ei, qui & dandi habuit (in qua etiam ſimpliciter, & in vniuerſum approbatur à Iuſtiniano, in d. l. penult. C. de condict. indeb.) & ita verſ. & ideo, referatur ad primam ſpeciem, de qua ibidem agebatur; nihilominusq́, dum in Digeſtorum corpus à compilatoribus redigitur, vbi & contraria ſententia Vlp. & aliorū reperitur, in d. §. ſi decem, & in d. l. ſi is cui, intelligitur procul dubio poſitus d. §. qui hominem, quatenus propter vnum membrum alternatiuæ genericum, præſtatur electio debitori, ratione videlicet generalis promiſſionis, quæ ad ſpecialem ſolutionem requirit, quod legitimè fiat, d. l. cum incertus, ff. de legatis 1. & hoc reliqui I. conſulti agnoſcunt, nō vero ex ſpeciali ratione, quæ proponitur in d. l. penult. ad finem, circa electionem alternatiui membri, quando vtrumque per errorem ſolutum eſt.

36 Secundum † quę in noſtro §. qui hominem, (ex mente compilatorum) non deciditur eſſe electionem repetendi, quando certa ſpecies, vel quantitas alternatiuè promittitur, & per errorem ſoluitur; ſed quando ſpecies aliqua per errorem ex genere alternatiuè promiſſo ſoluitur; & ſimiliter idem reſoluendum eſt, quando vtrumque membrum per errorem ſolutum eſt, tunc enim etiam attento iure Digeſtorum, competet repetitionis electio debitori reſpectu eius, quod propter generis promiſſionem ſoluit, ex ſupradicta ratione, non obſtante d. l. ſi non ſortem, §. ſi decem, ff. de condict. indeb. & d. l. ſi is cui, ff. de legatis 2. quæ loquitur de membris alternatiuæ certis, & determinatis à principio promiſſis.

Et ita ſi in terminis noſtri §. qui hominem, debitor ſoluat decem, & ſimul ſpeciem aliquā ex genere alternatiuæ promiſſo nunquam electio repetionis competet debitori reſpectu illorum decem, ſed reſpectu ſpeciei in genere tantum debitæ, idque propter d. l. ſi non ſortem, §. ſi decem, & d. l. ſi is cui, quæ ſimpliciter, & abſolutè proponebantur, & vigebant, aliter enim inſedabilis reſultaret antinomia, quæ neganda omninò in iure eſt, propter profeſſionem Imp. in l. 2. §. contrarium autem, C. de veteri iure enudeando.

S V M M A R I V M.

Latè agitur de intellectu l. 1. §. vlt. verſ. patrem, ff. ſi quis a parente, à nu. 1. & præcipuè à num. 26. cum ſeqq.

Quid ſit ius antiquum, quod ſine manumiſſione habet pater præteritus in bonis filij emancipati. ibidē.

Querela inofficioſi non eſt remedium de iure ciuili. ibidem.

De inofficioſo agere non poteſt, qui ad defuncti bona alio iure venire poteſt. nu. 2.

Refertur, & reprobatur communis ſententia, quæ patri præterito dabat bonorum poſſeſſionem contra tab. filij emancipati, ſi à nemine præcederetur; querelam verò ſi ab alio præcederetur. num. 3.

Refertur, & reprobatur Viglij, & alterius antiquioris interpretis ſententia, putantium bonorum poſſeſſionem contra tabul. quæ patri præterito datur, poſſe concurrere cum querela inofficioſi. nu. 4.

Remedium bonorum poſſeſſionis contra tabul. & remedium querelæ, ſunt contraria. ibidem.

Nemo

Nemo poteſt cumulare cauſam teſtati & inteſtati. ibidem remiſſiuè.

Nemo poteſt deducere in iudicium remedia contraria. vt pro vtroque obtineat. ibidem.

Antiquiſſimo tempore, quo vigebat emancipatio cum manumiſſione; patria poteſtate exibant ſine manumiſſione Flamen Dialis, & Virgo Veſtalis num. 5.

De Flaminum Dialium, & Virginum Veſtalium religione, praceptis, & reliquis attinentibus. ibidem remiſſiuè.

Cur prædicti ſacerdotes capite non minuebantur, n. 6.

Quomodo ſum. Pontifici in his poteſtas acquirebatur. ibidem. Flamen Dialis, & Virgo Veſtalis Chriſtiano monacho, & moniali reſpondent, & ab illis, ad hos licet argumentari. n. 7.

De ratione, ob quam monachi ſeruis æquiparentur. num. 8.

Cur non poſſit monachus teſtari. ibidem.

Cur non poſſit monachus teſtimonium dicere. ibidem.

Monachus eſt ſeruus extra commercium; nec poteſt vendi ob cauſam famis, & neceſſitatis monaſterij. ibidem.

Reprobatur quædam opinio Bart. & aliorum, putantium monachum aliquando filio æquiparari, quo ad acquiſitionem; n. 9.

Monaſterium habet dominicam poteſtatem, & poſſeſſionem in monacho. ibidem.

Oſtenditur veritas, & ratio communis ſententiæ, quæ quoad acquiſitionem monachi, attendit capacitatem monaſterij. n. 10.

Reprobatur ſententia eorum, qui putabant, monachum retinere iura ſuitatis. n. 11.

Declaratur l. Deo nobis. §. 1. C. de epiſcop. & cleric. ibidem.

Monachus hæreditatem paternam non aditam non tranſmittit, ibidem.

Monachatus Chriſtianus patris, & filij tollit ius patriæ poteſtatis. n. 12.

Clerici per clericatum non exeunt patriam poteſtatem, num. 13.

Quomodo filius, filia, vel ceteri liberi olim exibant patriam poteſtatem per emancipationem: & cur capite minuti dicebantur, n. 14.

Filius inter emancipandum præteritus agnatione rumpebat teſtamentum, n. 15.

Explicatur l. verum, 8. §. filia, ff. de iniuſto, rupto. ibidem remiſſiue.

Quæ dicatur apud Vlp. agnatio manumiſſione facta ibidem.

In emancipatione filij triplex olim capitis diminutio incompleta reperiebatur, num 16.

Per quamlibet ex illa trina emancipatione, quæ requiritur ad tollendum ius patriæ poteſtatis in filio, amittebatur actualis patria poteſtas, num. 17.

Reprobatur quædam Duareni opinio circa differentiam agnationis, & quaſi agnationis. ibidem.

Pater, qui emancipabat, non contracta fiducia, non habebat ius legitimum in bonis filij, nu. 18.

Solus extraneus manumiſſor erat cognitus de iure ciuili. ibidem.

Pater emancipans contracta fiducia legitimo iure ſuccedit in bonis filij, nu. 19.

Quid ſit emancipare contracta fiducia, ibidem.

Filius emancipatus contracta fiducia liberti ſpeciem induebat. ibidem.

Pater legitimus tutor efficiter filij emancipati; & de ratione, num. 20.

Intelligitur, & emendatur Vlpianus in Fragment. titulo 11. §. qui liberum, contra Cuiac. numero 21.

Explicatur Rubr. ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſus, n. 22.

Pater præteritus à filio, quem poſt emancipationem manumiſerat, habebat bonorum poſſeſſionem contra tabulas ad ſimilitudinem patroni. ibidem.

Patronus non amittit ius ſuum in bonis liberti per obreptionem arrogati, n. 23.

Auus manumittens nepotem, habet in eiuſdem bonis bonorum poſſeſſionem, quamuis patri naturali ſe arrogandum dederit, & apud eundem deceſſerit. ibidem.

Declaratur obiter l. ſi paterfam. 15. ff. de adopt. ibidem.

Licet filius poſt emancipationes à patre manumiſſus liberti ſimilitudinem in aliquibus redoleat, non tamen libertus eſt, ſed ingenuus ſemper, numero 24.

Explicatur Vlp. in l. 1. §. alienatio, ff. quando actio de peculio eſt annalis. ibidem.

Notatur gloſ. verbo, manumitti. in l. 2. ff. de offic. Proconſul. ibidem.

Modus emancipandi contracta fiducia reſecatur à Iuſtiniano reſeruato tamen iure inde reſultantis. numero 25.

Non ineleganter explicatur lex Pantonius. 3. ff. ſi quis à parente. n. 27.

Oſtenditur vtilitas agendi potius remedio bonorum poſſeſſionis contra tabul. quam querela inofficioſi teſtamenti, n. 29.

Pater, qui filium contracta fiducia emancipauerat, præteritus, non poteſt queri de inofficioſo teſtamento, n. 30.

Explicatur l. pater filium, ff. de inoffic. teſtam. numero 31.

Pater contracta fiducia emancipans præteritus, etiam ſi liberi exhæredati defuncti extitiſſent, ſtatim tamen vti poterat bonorum poſſeſſione contra tabul. nu. 31.

Vtrum, hodie bonorum poſſeſſio contra tabul. vel querela inofficioſi competat patri præterito, ad bona filij emancipati, num. 32.

Digitized by Google

CAPVT XIX.

Ad Vlpian. in l. 1. §. vltimo, verſ. patrem autem, ff. ſi quis à paren- manumiſſus fuerit.

1 SCribit † Vlpianus, *Patrem autem accepta contratabul. bonorum poſſeſſione, etiam ius antiquum, quod & ſine manumiſſione habebat, poſſe ſibi defendere*; &c.

De hoc iure antiquo, cuius meminit Vlp. circa eius cognitionem variè ariolatur gloſſ. ibidem, verbo ius, cuius interpretationes apertè diluentur ex ſeqq.

Viglius ſubtili vir ingenio, in princip. n. 6. Inſt. de inoff. teſtam. interpretatur ius antiquum pro iure querendi de inofficioſo teſtamento. Cuius ſententia in hoc veriſſima videtur: nam ante ius ciuile ſcriptum Romanorum, conſenſu quodam populari ius iſtud parentibus competijt, vt innuit l. non putauit, 8. ibi: *Sicut nec iure ciuili teſtamentum parentum turbant; ſane ſi velint inofficioſi querelam inſtituere*; &c. vbi ius querendi de inofficioſo, non eſſe ortum à iure ciuili manifeſtã oſtenditur: quamuis lege Glicia introductum ſine efficaci aliquo argumento atteſtetur eruditiſſ. Cuiac. lib. 2. Obſeru. cap. 21.

2 Hoc † ſuppoſito, grandis ingruit difficultas: nam text. noſter. in dicto verſ. patrem, oſtendit patrem præteritum, qui filium emancipauerat contracta fiducia, hoc eſt, cum manumiſſione, habere bonorum poſſeſſionem contra tab. ſimul & ius querendi de inofficioſo, cum tamen Imp. contrarium generaliter ſtatuat in §. tam naturales, Inſt. de inoffic. teſtam. ibi: *De inofficioſo teſtamento agere poſſunt, ſi nullo alio iure ad defuncti bona venire poſſint*; &c. ergo ſi pater manumiſſor iure patroni præteritus bonorum poſſeſſionem contra tab. habet filij emancipati: non poterit de inofficioſo agere, quamuis maximè velit.

3 Doctores † communiter putant, vtrumque remedium non poſſe concurrere; & reſoluunt, quod ſi pater præteritus non præceditur in ſucceſſione filij emancipati, habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas: ſi verò præcedatur, tum ſuo loco de inofficioſo queri poteſt, vt tradunt per text. ibi, in l. pater filiũ, ff. de inoff. teſtam. vbi Bart. in repet. & lect. Pauli, n. 24. Iacobin. n. 19. Alber. qui communem teſtatur, & alij relati à Menchaca. de ſucceſſ. creat. lib. 3. 2. parte, §. 30. nu. 141. vbi aliter intelligit d. l. ſi pater.

Ceterum hæc communis reſolutio non ſatisfacit noſtræ l. 1. §. vlt. verſ. patrem. Deinde text. in d. l. pater filium, nullam differentiam conſtituit circa remedium competiturũ parenti præterito, ſiue præcedatur, ſiue non præcedatur ab alio in ſucceſſione; ſed loquens de ſimplici querela, decidit, quod tamdiu in ea ſilere debet pater præteritus, quamdiu alius potior in ſucceſſione reperitur, præcipuè, quia pater, quamuis præcedatur ab alio habet bonorum poſſeſſionem contra tabul. vt inferius notabimus.

4 Vnde † Vigl. vbi ſupra, nu. 5. putat, patrem præteritum, ſiue præcedatur ab alio, ſiue non; eum filium contracta fiducia emancipaſſet vltra bonorum poſſeſſionem contratabul. habere etiam querelam inofficioſi, motus per noſtrum verſic. patrem, & ante eum tenuit alius, quem refert gloſſa, verbo, ad querelã, in l. pater filium, ff. de inoff. teſtam. & confirmat ſuam opinionem (ſatisfaciendo obiectioni, quam deduximus ex d. §. tam naturales) quod pater tunc duorum ſubit vicem, patris videlicet, & manumiſſoris, & ita ex diuerſitate perſonarum ſecundum iuris conſiderationem ſpeciali iure putat conſtitutum, vt vtrumque tunc remedium concurrat.

Sed Viglij interpretatio ad d. §. tam naturales, videtur pernicioſa: reſtringit enim ſecuram generalitatem In p. in d. §. tam naturales, quæ ſecundum ſuam rationem vbique militat. Deinde reprobatur, quia per querelam reſcinditur teſtamentum, vt patet ex l. circa, ff. de inoff. teſt. per bonorum autem poſſeſſionem contratabul. non reſcinditur teſtamentum, ſed potius ſuſtinetur; eſt enim remedium ſucceſſorium, non reſciſſorium, vt oſtendimus ſupra iſto libro 2. cap. 3. n. 13. vnde ſi pater præteritus bonorum poſſeſſione contra tabulas, & querela ſimul inofficioſi vti velit, deduceret in iudicium remedia contraria, vt pro vtroque ſimul obtineret, & quamuis aliquando ex poſt facto contingant, quem pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum decedere, vt in terminis d. l. circa, nullibi tamen permittitur vt in iudicio cumuletur cauſa teſtati & inteſtati Mynſing. latè in Obſeruat. Cameræ, Cent. 3 obſeru. 25. & vt quis contrario iure agat æque principaliter vt ſimul pro vtroq; obtineat, quod mihi eleganter probat l. filio, §. 1. ff. de inoff. teſt. ibi: *Nam priori iudicio de iure patris, non de iure teſtamenti quæſitum eſt*; &c. vbi agens de prædicta bonorum poſſeſſione contra tab. & querela, dicit per bonorum poſſeſſionem agi de iure patris manumiſſoris & per querelam de iure teſtamenti: & ita non

ſolam

Digitized by Google

ſolam diuerſitatem, ſed & contrarietatem remediorum oſtendit. Facit præterea l. non putauit, 8. ff. de bonorum poſſeſſ. cōtratabul. vbi quando datur bonorum poſſeſſio contratab. denegatur querela; vel è contra. Tandem cōuincitur dicta Viglij interpretatio ex textu ſingulari, & notando in l. 3. ff. ſi quis à parente. vbi Io. Paul. ita ſcribit: *Pantonius ait, ſi turpes perſonas veluti meretricem, à parēte manumiſſus, hæredes feciſſet; totorum bonorum contratab. bonorum poſſeſſio parenti datur: aut conſtitutæ partis, ſi turpis hæres eſſet inſtitutus.* apertè oſtendens, quod pater quando vti poterat remedio querelæ inoſſicioſi ob inſtitutionem turpium perſonarum, ſi manumiſſor eſt, reipſa datur querela, hoc eſt, bonorum poſſeſſio cōrratab. totorum bonorum, ſicut & per querelam obtinuiſſet. Si verò deficiat ratio turpitudinis, tunc ſola bonorum poſſeſſione conſtitutæ partis contentus eſſe debet; Ecce, quomodo præteritus non poteſt habere ſimul remedium querendi de inoſſicioſo.

5 Quapropter † pro plena huius text. interpretatione & conciliatione cum d. §. tam naturales, & cognitione tit. ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſ. præmitto. Primò inter alios modos, quibus vſu eſt antiquitas circa ſolutionē patriæ poteſtatis, duos notabiliores extitiſſe: vnum, ſine manumiſſione; alterum verò cum manumiſſione.

Sine emācipatione, & manumiſſione filius exibat è patria poteſtate, qui Flamē Dialis inaugurabatur, vel Virgo Veſtæ capiebatur; vt tradit Vlp. in Fragm. tit. 10. §. vlt. Aul. Gell. lib. 1. Noct. Attic. ca. 12. Huius autē Flaminis Dialis religio, præcepta, & reliquæ flaminicæ cœremoniæ, inſimul & edictum perpetuum à Prætore conſcriptū de Flamine Diali, &c. Sacerdote Veſtę (cuius edicti meminit etiā Duar. in tit. de iureiurando, cap. 4. in princ.) latè, & curioſè enarrātur per A. Gelliū, lib. 10. Noct. Atticar. cap. 15. per totum, qui lib. 1. cap. 12. Virginum Veſtaliū ætatē, qualitates, & leges circa eaſdem latas, & modos capiendi, & Flaminum Dialium, & Pōtificum, & Augurum latè pertractat. Flaminum autem augurandorum cauſa ea lata Comitia fiebant, quæ pro collegio Pontificum habebantur, vt eſt autor idem Gell. lib. 15. cap. 27.

6 Prædicti † autem exeuntes à patria poteſtate, propterea capite non minuebantur, quia citra omnem imaginariam venditionē, aut manumiſſionem in poteſtate eſſe deſinebant: nā pater ſolum adibat Pontificē Max. illiq; filiū, vel filiā offerebat, & poſtea Pontifex Max. illum, illamue à parente, in cuius poteſtate erāt, veluti bello captum, captamue abducebat; & ita patria poteſtas ſoluebatur: ſolum quod deinceps Pontificem Max. recognoſcebant; vt tradit Gellius. d. lib. 1. cap. 12. & inſinuat Vlp. in Fragm. tit. 10. §. vlt. ibi: *& quæ Virgines Veſtæ capiuntur.* verbū enim illud, *capio*, in hac materia ſpeciale erat ad ſimilitudinem eorū, qui bello capiuntur, vt patet ex Gellio, d. cap. 12. qui ob id dicti ſunt mancipia, §. ſerui autē ex eo, Inſt. de iure perſonarum; & de iſto modo ſublatæ patriæ poteſtatis, non loquitur noſtra l. 1. §. vlt. verſ. patrem. dū meminit iuris, quod pater ſine manumiſſione habebat in bonis filij: nam reſpectu iſtius filij non dabatur ſucceſſio, erat enim omninò alius, & alieno iuri ſubiectus.

7 Ex quibus † notabis primò, præfatos Sacerdotes non reſpondere clericis, ſed Monachis Chriſtianis, cum tranſeant in ſuperioris poteſtatem abducti ab omni iure patrio; & ita ab illis ad Chriſtianos monachos licebit argumētari, cū & hi in Abbatis poteſtatem trāſeant, tradit Vigl. in princip. Inſt. quibus nō eſt permiſſ. num. 6. & notatur in Auth. Ingreſſi, C. de ſacroſ. eccleſ.

8 Deinde † notabis rationem, ob quam Monachi Chriſtiani ſpecialiter ſeruis æquiparentur, cū quaſi bello capti in ſacrum miniſteriū abducantur. Vnde etiam oritur ratio illius reſolutionis, cur videlicet, non poſſint teſtari, (quamuis Virgo Veſtalis hæredem ex teſtamēto relinquere poſſet. vt per Gell. d. ca. 12.) vt notant omnes in princip. Inſt. Quibus nō eſt permiſſ. vbi Vigl. nu. 6. & in d. Auth. Ingreſſi, vbi latiſſimè; & ſat oſtendit tex. ibidem, dum inquit, ingreſſos religionem ſe Deo dicare, & ſacros effici: & ita eſſe ſeruos extra commercium, argumēto §. ſacræ, Inſt. de rerum diuiſ. & ob id monachus ob cauſam famis, vel neceſſitatis monaſterij vendi non poteſt, quamuis filius potuiſſet. vt tenuit alias Imola, in l. 1. nu. 9. ff. de vulgari. Et inde etiam eſt, quod monachi teſtimonij dicendi ius nonhabent, vtpote ſerui, quidquid contradicat gloſſ. verbo, cogitādum, in Aut. de monachis, coll. 1. & eſt vbique receptū, vt notat, & ſequitur Vigl. in §. teſtes autem, nu. 12. Inſt. de teſtam. quorum opinio ex dictis confunditur. Quod tamen declararem, niſi priuilegio id faciant, vel etiam de licentia ſuperioris, vt notat Faber, in d. §. teſtes aūt, & ſuadet autoritas Gellij, lib. 6. Noct. Attic. cap. 7. vbi lege Horatia prædictum ius tributum eſſe teſtatur Tarratiæ virgini Veſtali. quod opus fuit, non ſolum quod fęmina, ſed etiam quod virgo Veſtalis, ex dictis.

9 Præterea, † redditur dubitabilis reſolutio Bart. in l. 1. ff. de vulgari, vbi putabat, monachum quoad acquiſitionem filio aliquando æquiparari, quem ſequitur Vigl. num. 5. & alij, in §. alienus quoque, Inſt. de hæred. inſtit.

& licet effectus, quem inde prætendit Bart. à multis amplectatur, ſcilicet circa ſubſtitutionem, an eo inuito poſſit monaſterium hæreditatem adire, nihilominus fundamentum crebriori calculo reprobatur ab antiquioribus, vt tradit Imola ibidem, a nu. 8. qui Innoc. refert in cap. cum olim, il 2. extra, de priuilegijs, tenentem, monachum, quoad acquiſitionẽ ſeruo æquiparari. plures refert, & ſequitur Alex. in d. l. 1. de vulgari, à num. 21. quod & ego puto verius, iuxta ſupradicta: ſeruus namq; efficitur reſpectu monaſterij, & iure ſerui cenſendus eſt quoad acquiſitionem, & non ſolum eccleſia habet dominicam poteſtatẽ, ſed & poſſeſſionem. quidquid dicat gloſſa, verbo, puto, in fine, in l. cum hæredes, §. vlt. ff. de acquir. poſſeſs. motus ex eo, quod ſit homo liber, quod fundamentum falſum eſſe ex dictis deprehenditur.

10 Quinto † colliges, quam vere fundetur cõmunis diſtinctio, quæ quoad acquiſitionem per monachum faciendam, attendit capacitatem monaſterij ſaltem in genere: nam ſi omninò incapax ſit, nullatenus acquirit, nec acquirere poteſt, d. Auth. ingreſſi, cap. in præſentia, de probationibus. Bart. in l. 1. §. qui habebat, num. 3. ff. de bonorum poſſeſs. contra tab. latè Philip. Portius, conſ. 23. à nu. 9. & à nu. 30. latiſſimè Lodou. Molina, lib. 1. de primog. cap. 13. à num. 68. cum multis ſequent. Ratio autem differentiæ colligitur ex dictis: nam cum monachus ſeruus monaſterij efficiatur, & quaſi dominicã in eo abbas habeat poteſtatem (qui monaſterij vices gerit) ſecundum illius monaſterij capacitatem venit etiã regulanda capacitas monachi, l. ſi mihi, & tibi. 12. §. regula, ff. de legatis 1. cum aliter in filio dicendũ foret, cuius capacitas in eſſe producta nullatenus pendet à capacitate patris.

11 Sextò infertur † dubiam, ſeu falſam eſſe ſententiam Bart. in Auth. Si qua mulier, num. 5. C. de ſacroſ. Eccleſ. & aliorum quos refert, & ſecure ſequitur Alexand. in l. ſub conditione, num. 2. ff. de liber. & poſth. & plurium, quos etiam referens ſequitur Molina, dicto cap. 13. num. 75. putantium monachum retinere iura ſuitatis: nam contrarium ex dictis colligitur: non enim dumtaxat patriam poteſtatem exiuit, ſed & quaſi dominicam ingreſſus eſt; & ideò l. Deo nobis, §. 1. C. de epiſc. & cleric. dũ adhuc parentes obligat, vt debitam portionẽ filijs monachis relinquant, vſa eſt inſigni priuilegio in fauorem monaſterij contra omnem iuris diſpoſitionem: quod non ita eſſet, ſi filius monachus tanquam ſimpliciter emancipatus cenſeretur; qui vel iure Prætorio ex teſtamento, vel ab inteſtato etiam de iure ciuili tunc vocabatur, §. emancipatos, Inſt. de hæred. qualit. l. meminimus, C. de ſuis, & legitimis. Vnde merito dicit Angel. in d. l. ſub conditione, quod monachus ſuus hæres non eſt, nec ex iure ſuitatis tranſmittit hæreditatem non aditam: quinimmo requiritur aditio, vt monaſterio acquirat, quod & veriſſimum puto: quidquid reclament ceteri ſupra citati.

12 Septimò colligitur † confirmatio ad gloſ. ſententiam, verbo, cum ſtatum mutat, ad finem, in l. ſi ex cauſa, §. Papinianus, ff. de minoribus, quam vulgo receptam dicit Luſitanus Coſta, in cap. ſi pater, ſecunda parte, verb. teſtatore, nu. 11. extra, de teſtam. in 6. & plures, quos refert, & ſequitur patruus meus Arius Pinellus, in l. 1. C. de bonis maternis, prima parte, nu. 46. Hiſpanus Picchardo, in §. vlt. num. vlt. Inſt. quibus modis ius patriæ poteſt. putabat itaq; Accurt. per ingreſſum religionis patriam tolli poteſtatem: nam ex ſupradictis cũ Gellio, lib. 1. Noct. Attic. cap. 12. & Vlp. in Fragm. tit. 10. §. vlt. oſtẽditur, Flamines Diales, & Virgines Veſtales, quæ Chriſtianis monachis, vel monialibus, per ſimilitudinẽ æquiparantur, patria poteſtate liberari. Nec iam ferendus eſt Mattheſilanus, in tract. de Succeſſionibus ab inteſt. in princip. num. 7. dum contra prædictam gloſ. ſententiam perperam opinabatur, per monachatum patris, vel filij, non tolli patriam poteſtatem, cum & reſpectu patris id ſuadeat text. in lege ſic eueniet, ff. ad leg. Iuliam, de adulterijs, vbi oſtenditur, eum, qui eſt in poteſtate, non poſſe alios habere in poteſtate; ex dictis autem conſtat, monachum tranſire in poteſtatem monaſterij, & Abbatis.

13 Octauò † denique declarabis prædicta, quæ deduximus, à Sacerdotibus Gentilibus non indiſtinctè tunc in omnibus militare, ſed tantum in Flamine Diali, & Virgine Veſtali: nam alij Sacerdotes non exibant è patria poteſtate, vt patet ex Auth. presbyteros, C. de Epiſcopis, & cleric. & eſt communis, ex Couar. in cap. quia nos, num. 5. de teſtam. Azeuedo. in lege octaua, tit. primo, libro 5. nouæ recopil. num. 12. quidquid contrarium teneant Bartol. & Bald. vt refert Pichard. dicto §. vltimo, num. 9. Inſt. quibus modis ius patriæ poteſt.

14 Deinde † aduertendum eſt, alio modo filium per emancipationem videlicet, exire patria poteſtate: qui quidem modus ſecundum ſuarum ſolennitates viguit Iuriſconſultorum tempore: nam filius ter imaginarie venditus, hoc eſt, vno numo, filia verò, & ceteri liberi, ſemel tantùm venditi, ab emptore verò ter filius manumiſſus, & ſemel filia, & ceteri liberi, ſui iuris efficiebantur, Vlpianus

in

in Fragm.tit.10.ibi: *Liberi parentum poteſtate liberantur, emancipatione, ideſt, ſi poſtquam mancipati fuerant, manumiſſi ſint: ſed filius quidẽ ter manumiſſus, ſui iuris ſit*,&c. Caius,lib.1.Inſt. tit.6.I. c.in l.liberos,§.emancipato,ff.de capite minutis,vbi Duar.meminit Imp.in l.penul. & l.vlt.C.de emãc.& in §.præterea,Inſt.quib. modis ius patriæ pot.vbi Theoph.emancip.ſolennia tradit,& Corraſ.in l.poſt mortẽ,n.4.ff. de adop. obiter Duar. ad tit.de cap. minutis.

Qui à patria poteſtate ita liberati capite minuti dicebantur. Ratio eſt: quia antequam liberarentur, opus erat in ſeruilem quandã imaginariam conditionem deduci, quatenus venditi ab emptore manumittebantur, probat d. l. liberos, §. emancipato, & d.l.vlt.

15 Ex quo † ſoluendæ poteſtatis modo multa tunc emergebãt. Primum,quod cum filius nõ niſi ter venditus,& ter manumiſſus ſui iuris fieret,interim dum tertia vẽditio accedebat,poſt primam videlicet, vel ſecundam mancipationem, & totidem manumiſſiones factas ab extraneo manumiſſore, iterum ad patriam poteſtatẽ reuertebatur; in qua reuerſione dabatur ſpecies quædam agnationis, quæ manumiſſione fieri dicebatur: & teſtamentum tunc factũ agnatione filij præteriti rũpebatur, vt inquit Vlp.in Fragm.tit.23.§.1.verſ. aut manumiſs. ibi: *Aut manumiſſione, ideſt, ſi filius ex prima, ſecundaue mancipatione manumiſſus, reuerſus ſit in patris poteſtatem*. Quod mirabiliter innuit idẽ Vlp.in l.verum.alias, l.certum, 8.§.filia, ff.de iniuſto,rupto.& ꝓ indubit. tenet Harmenop. lib.5.epitomes.tit.5.Luſitanus Coſta, (qui eleganter explicat d.§.filia)in l.Gallus, §.& quid ſi tantũ, 3.parte,à n.45.& 49. dicebatur autẽ hęc agnatio manumiſſione fieri,quia ſimul ac extraneus emptor manumittebat, ſtatim ad patriam poteſtatem reuertebatur,quod ceſſabat in vltima venditione, & manumiſſione. Per id tamen breuiſſimum temporis ſpatium, quo filius erat apud extraneum emptorem, patria quidem poteſtas nõ ſublata,ſed tantum ſuſpenſa erat: & ita perſiſtebat in ſtatu quodam anomalo, & difformi, in quo nec erat ſuus (cum præteritus iniuſtum non faceret teſtamentum, innuit d.§. filia) nec emancipatus, vt ex dictis patet; quod non inconuenit: nam eſt concors Doctorum ſentẽtia (quam in quæſtionem non reuoco) vt per Coſtam, in cap. ſi pater, 2.parte, verbo, deferuntur, nu.9. vt filius exhæredatus, qui (poſtquam exhæredatio ſui hæredis exiſtentia cõfirmata eſt) abſtinente altero inſtituto, vult ab inteſtato ſuccedere, non vt ſuus, ſed vt voluntarius ſuccedat, quaſi emancipatus,nec conſequenter hæreditatem nõ aditam non tranſmittat: & tamen non eſt emancipatus; nec enim exhæredatio à patria poteſtate liberat.

16 Deinde per † quamlibet ex dictis venditionis dabatur quędam incompleta capitis diminutio:nam filius toties in alienam poteſtatem licet momentaneam tranſibat, quoties à patre naturali mancipatur, l.3. in princip. & l. vlt.ff.de capite minutis.

17 Tertium, per quãlibet † ex dictis vẽditionibus amitti actualem patriã poteſtatem; aliter reuerſo filio,vt ſecundò,terue vẽdatur,nõ daretur agnatio,quam tamen aſſignat Vlp.in Fragm.d.tit.23.§.1. nam quãdo poteſtas non acquiritur de nouo, ſola quaſi agnatio verſatur, vt patet ex §.poſthumorũ, Inſt. de exhæred.lib.l.poſthumorũ, ff.de iniuſto,rupto. vnde obiter colligitur lapſus doctiſſimi Duareni ad tit.de lib.& poſth. in l. Gallus, §.videndũ, in princip.vbi putabat agnationem cõſiderari in ijs,qui poſt mortẽ naſcuntur; quaſi agnationem verò in ijs,qui in vita parentum: cum ex proximè relatis iuribus, agnatio,& quaſi agnatio indiſtinctè detur in vita parentum, ſolaq; differentia naſcatur ratione patriæ poteſtatis, an denuo ipſa acquiratur, an ſola proximitas gradus ſub ea.

18 Quartum,quod † pater ſimpliciter emancipans in prædicta forma nõ habebat ius ſuccedendi legitimũ, ſoluſq; de iure ciuili cognitus erat extraneus manumiſſor,vt innuit §.vlt. Inſtit.de legitima agn.ſucceſſ.& expreſſit Caius, in Inſtit.lib.1.cap.6.ad finem,extranei autem manumiſſoris meminit Imp.in §. & primo loco,Inſt.de bonorũ poſſeſs. & pater tunc præteritus ſolam habebat inofficioſi querelã, iuxta l.pater filium,ff.de inoff.teſtam. quod dicitur ius antiquũ, quod pater ſine manumiſſ. habebat, ab Vlp.in l.1.§.vlt.verſ.patrẽ,ff.ſi quis à parẽte,Vigl.in princ.n. 6.Inſt.de inoff. teſt. nam pater ſimpliciter emancipans, ſolùm ter filium vendebat, non verò manumittebat.

19 Vt † autem pater emancipans de iure ciuili ſuccedere poſſet,oportebat,vt in vltima mancipatione,ſeu venditione, fiduciam contraheret cum emptore, vt eidem filium ſuum remãciparet,ad effectum, vt pater naturalis manumittens legitimo iure ſuccederet, qui filius cũ iam non iure filij (vt pote, quia ter venditus fuerat, & omninò ſublata patria poteſtas) ſed iure ſerui ad antiquum patrem naturalem per remancipationem remearet,per ſolam quoq; manumiſſionem ab illius adumbrata dominica poteſtate exibat, tradit Caius, lib.1. Inſtit. cap. 6. ad med. huius contractæ fiduciæ meminit Imp. in §. vlt. Inſt.de legitima agn. tut. & §.quæ autem, Inſt.de bonorum poſſeſ. & l.vlt. C. de emancip. vnde filius ſic manumiſſus ſimilitudinariam quandam liberti cõditionẽ cõtrahebat,vt inquit l.1.ibi: *Liberti pa*

tiatur exitum; &c. ff. ſi quis à parēte fuerit man.

20 Ex quibus † primò infertur ratio ſimilitudinis, qua ductus Iuſtinianus in Inſtit. poſt tit. de legitima patronorum tutela, appoſuit tit. de legitima parentum tut. vbi incipit: *Exemplo patronorum recepta eſt, & alia tutela, quæ & ipſa legitima vocatur*; &c. Loquebatur enim quando filius impubes remancipatus patri naturali, ab ipſo manumittebatur, qui dicebatur emancipatus contracta fiducia. Et id quoque innuit Vlp. in l. 3. §. vlt. ff. de legitimis tutor. ibi: *Vicem legitimi tutoris ſuſtinet*; quaſi dicat, tutela patroni ex interpretatione l. 12. tab. legitima dicitur, vt aſſeritur in eadē l. 3. in princ. Hęc, ad ſimilitudinē patroni, p imaginariā illā manumiſſionē patri naturali cōpetit.

21 Indeq; † ſubinferes interpretationem ad Vlp. in Fragm. tit. 11. §. qui liberum, vbi ita ſcribit: *Qui liberum caput mancipatum ſibi, vel à parente, vel à coemptore manumiſit per ſimilitudinem patroni, tutor efficitur. qui fiduciarius tutor appellatur*; Vult namq; Vlp. quod ſi extraneus manumiſſor ſibi mācipatum liberum caput, hoc eſt, alterius filiumfam. impuberē manumiſerit, vt patet, ibi: *Mancipatum ſibi, vel à parente*, aut ſi pater naturalis filium ſibi remācipatum manumiſerit, vt patet ibi: *Vel à coemptore*: id eſt, extraneo emptore, ſiue patre fiduciario (quidquid aliter ibidem interpretetur Cuiac.) ad ſimilitudinem patroni tutorem effici. Et cum idem Vlp. in d. l. 3. §. vlt. & Imp. in d. §. vnico, Inſt. de legit. parent. tut. dicāt hanc tutelam eſſe legitimam, vel vicem legitimæ ſuſtinere, ſine dubio mendosè ſcribitur, d. §. qui liberum, ibi: *Fiduciarius tutor*; cum legitimus ſcribi debuiſſet, vt ex ſimilitudine, quā iſti manumiſſores habēt cum patronis, inferri debet. quidquid fiduciariam hanc tutelā eſſe, ſine vllo probabili fundamēto defendat ibid. Cuiac. idq; quod dicitur in d. §. vnico. acceptū referēs moribus: quod tamē ciuili rationi, ac ſimilitudini ab Imp. tribuitur, vt patet. ibi: *exemplo patronorum*; &c. cū pleraq; alia hoc eodem exēplo ratione ſimulatæ manumiſ. ſuadēte, & nō moribus recepta ſint, vt inferius notabimus.

22 Secundò † infertur ex d. filij manumiſſione, originem traxiſſe tit. ff. ſi quis à parente fuer. manum. vbi ad ſimilitudinem patroni, datur patri naturali bonorum poſſeſſio contratabul. quemadmodum & ab inteſtato legitima hęreditas, l. ſi ad patrem, 10. ff. de ſuis, & legit. vnde opus erat, vt filius contracta fiducia patri naturali remancipatus, ab ipſo manumitteretur, vt aduertit Cuiac. in Paratit. ad d. tit. ſi quis à parente. Quod autem ad ſimilitudinem patroni bonorum poſſeſſio contratabulas concederetur, patet ex Vlp. in l. 1. ff. ſi quis à parente, ibi: *Emancipatus à parente, in ea cauſa eſt, vt in contratabulas bonorum poſſeſſione, liberti patiatur exitum*; &c. & ibi: *Et ideo iniquum eſt in hoc, vt parens exemplo patroni ad contratabulas bonorum poſſeſſionem admittatur*; &c. & ibi: *Quia perinde defert prætor bonorum poſſeſſionem, atq; ſi ex ſeruitute manumiſſus eſſet*; &c. Imp. in §. præterea, Inſt. quibus modis ius patriæ poteſtatis; ibi: *Et tunc ex edicto Prætoris in bonis eiuſmodi filij, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui, quæue à parente manumiſſus, manumiſſaue fuerit, eadem iura præſtantur parenti. quæ tribuūtur patrono in bonis liberti.*

23 Vnde † illud notabile ſuboritur, quod quemadmodum libertus non poteſt ab extraneo arrogari, ob præiudicium patroni, l. ſi paterfamil. §. vlt. ff. de adopt. ſi tamen cælata conditione arrogatio obrepat, vt in l. ſed ſi hac, 10. §. patronum, ff. de in ius vocando. patronus ius ſuum bonorum poſſeſſionis contratabul. non amittit, l. liberto per obreptionem, ff. de bonis libert. Ita etiam nepote ab auo manumiſſo, ſi à patre naturali arrogetur, vel arrogatio non tenet, vel ſi obrepſerit, aui ius illæſum manet, l. 1. verſ. nepos ab auo, ff. ſi quis à parente. Ex quo deducitur limitatio elegans ad l. ſi paterfamil. 15. ff. de adoption. vbi arrogatione ſubſecuta, omnia arrogati puberis bona ad patrem arrogatorem tranſibant (erat enim modus ſuccedendi per vniuerſitatem, vt patet ex tit. Inſt. de acquiſit. per arrogat.) ne videlicet, procedat, quando arrogatio obrepit, ne inde præiudicium alij generetur. Deducitur etiam illud pulchrum, ſcilicet, filium in poteſtate patris naturalis conſtitutum, etiam attento tempore Digeſtorum, in dicto caſu habuiſſe legitimum hæredem, vt patet ex dicta l. 1. ibi: *Siue manens in poteſtate patris deceſſerit, ſiue manumiſſus diem ſuum obeat, ſolus admittetur auus ad eius ſucceſſionem, ex interpretatione edicti*; &c. & ibidem notat gloſſa, verbo, ſucceſſionem, cum tamen attento tempore Digeſtorum, nec etiam in caſtrenſibus filius famil. ab inteſtato hæredem haberet, vt latè ſupra oſtendimus lib. 1. cap. 5. n. 54. & 61. ad finem, & paſſim ibid. Id autem quod d. l. 1. dicit, quod auus pręferatur patri in ſucceſſione nepotis, emendatū eſt per l. 3. C. de bonis, quæ lib. vbi cauſa patris prior, & potior eſt in ſucceſſione filij, tradit Barboſa Luſitanus, in l. poſt dotē, nu. 67. ad finem, ff. ſoluto matrim.

24 Obiter † aduerte, quod licet patri naturali manumiſſori ad ſimilitudinem patroni prædicta competant, non ob id tamen ſequitur, reliqua, quæ patronis conceduntur, patri quoque ſimilitudinarie concedi, vt patet ex toto tit. ff. ſi quis à parente, & tradit gloſſa, verbo, exemplo, in d. l. 1. ff. eodem tit. Rationem red-

dit

dit I.conſul. in l. 2. ff. eodem : quia videlicet filiusfamil. quamuis manumiſſus, ingenuus ſemper homo eſt. Vnde inferes intellectum ad Vlp. in l. 1. §. alienatio, ff. quando actio de peculio annalis eſt. vbi aſſerit manumiſſionem non cadere in filium, ſed tantum in ſeruum, intelligendus enim eſt Vlp. de vera, & formali manumiſſione, quæ in ſolo ſeruo poteſt conſiſtere, non verò de ficta, & adumbrata, quæ in filio recipitur, vt aliàs inquit Imp. in l. vlt. C. de emancipat. ibi: *Et venditiones in liberas perſonas figuratas*; &c. Hinc etiam notabis Accurt. verb. manumitti, in l. 2. ff. de officio Proconſulis, vbi occaſione verbi, (*manumitti*,) quod in textu refertur ad filium, & ſeruum, inquit, quod vnum verbum ad diuerſa relatum, poteſt diuerſimodè intelligi, propriè ſcilicet, & impropriè. Vberius namq; dixiſſet (ſecundùm verã interpretationem text. de quo ibi,) vnũ verbum ad plura relatum, poſſe reſpectu vnius verè, reſpectu alterius fictè accipiũ & filius iuxta ſupradicta imaginariè, & fictè manumittebatur.

25 Tandem † aduerte, quod licet prædictus emãcipandi modus contracta fiducia tempore I.c. viguerit, illius tamen inextricabiles ambages, & parũ rationabilẽ exitum reſecans Imp. denuo conſtituit, vt patri ſimpliciter apud cõpetentem iudicẽ emancipanti filios ſuos perinde reſeruentur omnia legitima iura, ac ſi contracta fiducia manumiſiſſet, l. vlt. C. de emãc. §. pręterea, Inſt. quibus modis ius patr. §. vlt. Inſt. de leg. agn. ſucc nec iam opus eſt imaginario illo coemptore, ſiue extraneo manumiſſore, & cõſequenter illius antiquum ius abijt, vt docet Imp. in §. quæ aũt, Inſt. de bonorũ poſſ.

26 Ex his † non iniucundè præmiſſis, ad cognitionẽ formæ emancipandi per manumiſſionẽ & iuris inde reſultantis, iam colligitur patrem contracta fiducia emancipantem præteritũ, habere ordinarium auxilium bonorum poſſeſſionis contra tab. ad ſimilitudinẽ patroni; atq; ita ſuccedere regulam §. tam naturales, inſt. de inoff. teſt. vbi adiuti ordinario remedio, non admittuntur ad querelam inoff. Sed videtur obſtare l. 1. §. vltimo, ff. ſi quis à parente, quæ vtrumque remedium videtur coniungere.

Ego in primis ſecurè aſſero vtrumque non poſſe, nec debere concurrere, iuxta regulam indiſtinctè propoſitam in d. §. tam naturales.

27 Deinde admitto, † Vlp. in d. l. 1. §. vlt. dum meminit iuris antiqui, ad querelã inoff. reſpexiſſe: nõ propterea tamen vtrumq; in ſuo eſſe formali coniunxiſſe; quod vt amplius patefiat.

Aduerto, aliud eſſe concedere ſimul bonorum poſſeſs. contra tab. & querelam inoffic. aliud concedere bonorum poſſeſſionem contra tabul. cum commodo querela inofficioſi. Primò modo non poteſt patri competere, nec id voluit Vlp. in d. l. 1. §. vlt. Secundo verò modo poteſt, & de eo tãtum loquitur Vlp. in d. §. vlt. Et ne videamur inſolenter ariolari, id apertè docuit I. c. Paul. in l. Pantonius, 3. ff. ſi quis à parente, dum inquit: *Pantonius ait, ſi turpes perſonas veluti meretricem à parente manumiſſus hæredes feciſſet, totorum bonorum contra tabul. bonorum poſſeſſio parenti datur: aut conſtituta partis, ſi non turpis hæres eſſet inſtitutus*; Ex qua eleganti, & vulgo non animaduerſa deciſione colligitur Primò, quod eo caſu, quo propter inſtitutionem turpium perſonarum procul dubio concedenda erat parenti manumiſſori præterito querela inofficioſi, ſola datur bonorum poſſeſſio contra tab. & ita eſt text. apertus cõtra ſupra in initio propoſitam Vigl. interpretationem ad d. l. 1. §. vlt. Deinde colligo, quod in hac bonorum poſſeſſione tacitè, & virtualiter continetur ius querelæ, hoc eſt, commodum querelæ: ſicut enim tunc pater omnem hæreditatem per querelam auocare poterat, ita & bonorum poſſeſſione contra tab. totam ſibi auocat: in quo iſta bonorum poſſeſſio omnino degenerat a bonorum poſſeſſione contra tab liberti, quæ ſemper certæ, & determinatæ quantitatis erat, §. ſed noſtra, Inſt. de ſucceſſ. libert. notat gloſſa, verbo, totorum, in d. l. Pantonius. Colligo deniq; quod commodum querelæ inoff. tunc ineſt bonorum poſſeſſioni contra tab. quæ datur patri mauumiſſori, quando non ſolum datur præteritio patris, ſed etiã inoff. & iniuſta alterius inſtitutio, veluti ſi turpes perſonæ inſtituantur: alioquin ſi ſola detur præteritio patris manumiſſoris, eidem ſimplex competet bonorum poſſeſſio contra tab. ad ſimilitudinem patroni, idq; ſuadente regula d. §. tam naturales, Inſt. de inoff. teſt. & innuit l ſilio, §. 1. ff. eod. tit. vbi loquẽs I.c. de patre manumiſſore, inquit, iure manumiſſ. ſolã accepiſſe bonorũ poſſeſſ. contra tab. non verò pertuliſſe querelã inoff. tacitè innuens, perferre non potuiſſe.

28 Ex † quibus iam patet vera interpretatio d. l. 1. §. vlt. ut videlicet pater accepta bonorum poſſeſſione contra tab. etiam ſibi defendat ius antiquum, quod ſine manumiſſione habebat, hoc eſt, vt non ſolum talis bonorum poſſeſſio contineat conſtitutam partem aliàs patronis debitam, ſed & illud, quod per querelam pater obtineret ſi filium ſimpliciter emancipaſſet; & ita tunc non datur duplicis contrarij remedij concurſus, ſed potius vnicum tantum bonorum poſſeſſionis contra tabul. cum illa qualitate ſeu augmento.

29 Quod † declara, non ſemper, & indiſtinctè procedere, hoc eſt, quod pater præteritus totorum bonorum poſſeſſionem contra tab. ha-

bebat, ſed dumtaxat in terminis d.l. Pãtonius, iuncta ſuprapoſita expoſitione.

Nec tunc quidquam obſtabit, quod deterioris conditionis pater manebit emancipans contracta fiducia, quam ſimpliciter emancipans: nam vltra quam quod dubitabile eſt, an patri ſimpliciter emancipanti præterito competat querela ad vniuerſam hęreditatẽ; vt denegare videtur gloſſa, verbo, conſtitutæ, in d.l. Pantonius, inſuper aduerte, certius & vtilius eſſe remedium bonorum poſſeſſionis contra tab. quia in ea conſequenda ſolum incumbebat patri oſtendere, ſe præteritum; quod facillimum erat patefactis tabulis: at tunc temporis ad querelam opus erat probare innocentiam ſuam, & merita erga filium; & conſequẽter inofficioſitatem filij prætereuntis; in quo multoties deficiebat; interimq; cenſura iuris ſatisfactum erat formæ teſtamentariæ, quia præteritio illa paterna, pro exhæredatione habebatur, vt innuit l. pater filium, ff. de inoff. teſt. Deinde bonorum poſſeſſio contra tabul. etiam non adhuc adita hæreditate competebat, l. illud, ff. de bonorum poſſ. contra tab. at querela poſt aditam hæreditatem l. filium, §. ſed cum exhæredatio, ff. de bonorum poſſ. contra tab. Ioann. Fab. in princip. Inſt. de inoff. teſt. vbi Vigl. nu. 1. & alij.

30 Infertur † deinde, quod pater manumiſſor à filio præteritus, licet maximè vellet, non poterat querelam inofficioſi perſerre, cum alio iure venire poſſet ad defuncti bona, §. tam naturales, Inſt. de inoff. teſtam. d.l. Pantonius.

31 Infertur † tertiò, vera interpretatio ad l. pater filium, ff. de inoff. teſt. vt intelligatur de patre ſimpliciter emancipante, ſicut litera ſonat: nam quando pater manumiſerat, & præteritus ſuccedere intendebat, tunc I. c. iure manumiſſionis eum ad ſucceſſionem admittebant, l. filio, §. 1. ff. de inoff. teſtam. Deinde pater manumiſſor ſtatim ſuum ius bonorum poſſeſſionis contra tabul. deſerebat, & obtinebat, quamuis adhuc filiorum cauſa pependiſſet, d.l. filio, §. 1. at in d. l. pater filium, non admittebatur, dum cauſa filiorum querentium de inofficioſo pendebat; ergo ibidem pater non manumiſerat filium, ſed ſimpliciter emancipauerat. Vnde nihil mirum, quòd in terminis d.l. pater filium, querela inofficioſi tantùm patri competat, cum nullo alio iure ad defuncti bona venire poſſit, iuxta regulam dicti §. tam naturales, Inſt. de inoffic. teſtam. & ita ceſſant variæ, ac diuinatiuæ gloſſæ, & Doctorum interpretationes.

32 Et cum † hodie ſublata ſit differentia ſimplicis emancipationis, & manumiſſionis, vt probauimus, pro coronide quærendum eſt, an patri præterito bonorum poſſeſſio contra tabul. vel querela inofficioſi competat? & videbatur, bonorum poſſeſſio tantùm competitura contra tabul. iuxta d. l. Pantonius, & d. l. filio, §. 1. cum Imp. in l. vlt. C. de emancipat. patrem ſimpliciter emancipantem hodie cenſendum, ac ſi contracta fiducia manumiſiſſet.

Ceterum ego puto patrem poſſe eligere remedium, quod ex circumſtantijs pinguius ſibi videbitur: quia cum hodie emancipatio fiat coram iudice competenti, & ad fauorem patris conſtituatur, vt illęſa ei permaneant iura legitima, quæ competebant, ſi contracta fiducia emancipaſſet, non eſt viſus Imperat. tollere remedium ſimplicis emancipationis, ſi vtilius eſſet, ſed potius adiungere illud, quod ex manumiſſione reſultabat, ita vt alterutro vti poſſet. Nec tunc obſtabit d. §. tam naturales, quia cum ex libito patris remediorum electio competat, electo vno, non dicitur pater alio iure venire poſſe, cum per electionem tacitè declaret, aliud remedium non competere.

SVMMARIVM.

Condemnatus vltimo ſupplicio teſtari nequit, nu. 1.
Refertur, ac reprobatur opinio Viglij putantis poſſe hodie iudicem poſt Auth. Bona damnatorum, C. de bonis proſcript. permittere cuilibet damnato vlt. ſupplicio teſtamenti factionem, n. 2.
Explicatur obiter d. Auth. Bona damnatorum. ibid.
Quando lege, ſtatuto, vel conſuetudine permittitur generaliter teſtari damnato ad vltimum ſupplicium, teſtamentum illius antea factum ſuſtinetur abſq; vlla noua volũtate confirmante, n. 3.
Lex, vel ſtatutum generaliter, & indiſtinctè permittens teſtari damnato ad mortem, re ipſa conſeruat teſtamenti factionem, ibidem.
Condemnatus ad vltimum ſupplicium, ſtatim à damnatione fit ſeruus pęnæ, num. 4.
Non corruit teſtamentum antea factum, niſi medio tẽpore teſtator teſtam. factionẽ amiſiſſet, ibid.
Explicatur l. ſi quis filio, 6. §. irritum, verſ. niſi forte, ff. de iniuſto, rupto, num. 5.
Quæ requirantur, vt miles ex delicto militari condemnatus vltimo ſupplicio, teſtari poſſet. ibid.
Explicatur Ord. Luſitana, lib. 4. tit. 81. §. 1. nu. 6.
Quando condemnato vltimo ſupplicio, ex gratia teſtari permittitur, antea factum teſtamentum non valet, nec nuda voluntate reficitur, ſed opus eſt, vt denuo fiat, nu. 7.
Explicatur §. non tamen, ibi: nam ſi ideo, &c. *Inſt. Quibus modis teſt. infirm. ibidem.*
Poſt damnationem ad vltimum ſupplicium quis efficitur alius homo, ſeu potius non homo. ibidem.
Explicatur d. l. ſi quis filio, § irritum, verſ. ſed, & ſi quis, num. 8.
Miles damnatus, cui teſtari permittitur, nuda voluntate

Digitized by Google

luntate ſuſtinet antea factum teſtam. ibidem.

Inſtitutio facta à milite in omnino incapace, ſi aliquando capax efficitur, nuda voluntate ſuſtinetur. ſecus in pagano teſtante. ibidem.

Vbi in milite requiritur nuda voluntas; in pagano neceſſaria eſt ſolennis: & vtraque tantundem operatur, num. 9.

An deciſio l. ſi ita ſtipulatus, §. vlt. ff. de verborum oblig. procedat etiam in vltimis voluntatibus à nu. 10. cum ſeqq.

Quid principaliter intendat, qui mulierem ſibi in coniugem prouocat, & allicit, nu. 11.

Dicta l. ſi ita ſtipulatus, §. vlt. non procedit ex eo, quod promiſſio de qua ibidem, conferatur in tempus contracti matrimonij, nu. 12.

Nec etiam procedit ratione diſcordiæ, quam excitaret exactio promiſſionis, nu. 13.

Omne genus cõmercij ĩ matrimonio reprobatur, n. 14.

Intelligitur dicta l. ſi ita ſtipulatus, §. vltimo ibidem.

Qui promittit alicui, ſi Titiæ nupſerit, efficaciter obligatur n. 15.

Deciſio dictæ legis ſi ita ſtipulatus, §. vltimo, etiam procedit in ſupremis iudicijs, n. 19.

Intelligitur lex conditionum, quæ, 91. verſiculo primo, ff. de condit. & demonſtrat. num. 17.

Qui per interpoſitam perſonam alicui promittit, ſi ſibi nupſerit, inutiliter promittit, num. 18.

Inutiliter quis promittit ſub conditione, ſi ſibi nupſerit; quamuis ante matrimonium contractum promiſſio debuiſſet omninò perfici, num. 19.

Referuntur cauſæ, ob quas valet promiſſio, vel legatum ſub cond. ſi is, ea ve, cui promittitur, vel legatur, nupſerit promittenti, vel leganti. nu. 20.

Intelligitur cap. ae illis, extra, de cond. appoſitis, n. 21.

Vtrum, ademptio ſub conditione, ſi hæres voluerit *valeat; à n. 22. cum ſeqq.*

Proponitur duplex contraria ſententia, & vtriuſque fundamenta. eod. n. 22.

Duplex eſt ademptio, altera pura, altera cond. n. 23.

Pura ademptio per ſe ſubſiſtit. ibidem.

Intelligitur Iuris conſultus in lege legata, verſiculo quibus ex cauſis, ff. de adimend. legat. ibidem.

Explicatur regula, quod ex quibus cauſis non valet datio, ex iiſdem non valet ademptio. ibidem.

Ademptio conuicij verbis facta quando valeat ibid.

Ademptio conditionalis non exiſtit per ſe, ſed ſtatim conuertitur cum datione; & remanet modus, ſiue qualitas prioris diſpoſitionis, n. 24.

Explicatur l. legatum, 10. ff. de adimend. legat. ibid.

Quando reſolutio ſupremi iudicij confertur in voluntatem hæredis valet. n. 25.

Ademptum ſub conditione; Si hæres voluerit, *ex operatione iuris manet datum ſub conditione,* niſi hæres noluerit. *n. 26.*

Conditio niſi hæres noluerit, *ſiue* non contra dixerit *quomodo verificetur. ibidem.*

Quando ademptio conditionalis eſt, non conſideratur cõd. in adẽptione, ſed cond. in datione; n. 18.

CAPVT XX.

Vtrum, condemnato ad vltimum ſupplicium, ex priuilegio teſtari potente, ſi quod antea habebat factum teſtamentum, valeat; an vero pœna irritum factum, reficiendum ſit?

Vtrum, l. ſi ita ſtipulatus, 97. §. vltimo, ff. de verb. obligat. procedat etiam in vltimis voluntatibus.

Vtrum, ademptio legati ſub conditione, Si hæres voluerit, prout liberam voluntatem importat, valeat?

Prima quæſtio.

1 COnſtitutiſſimum † eſt, damnatum vltimo ſupplicio de iure teſtari nõ poſſe, l. ſi quis filio, 6. §. irritum, ff. de iniuſto, rupto. latè Clarus, in §. teſtamentum, quæſt. 21. Luſitanus Bened. Ægidius in repet. l. 1. C. de ſacroſ. Eccleſ. 1. parte, §. 5. in princip. apud Luſitanos Ord. lib. 4. tit. 81. §. 6. & tit. 83. §. 2.

2 Et quamuis † Viglius, in §. ſed hactenus, n. 9. Inſtit. de milit. teſt. putet hoc totum procedere ratione bonorum, quæ alias fiſco auferuntur; & ob id dicat, cum hodie bona damnatorum non publicentur iuxta formam Auth. Bona damnatorum, C. de bonis proſcript. poſſe damnato concedi à iudice teſtamenti factionem. Ego contra ſentio: nam prohibita damnato teſtamenti factio, non ratione bonorum, ſed ratione perſonæ conſideratur, vt probat Vlp. in d. §. irritum, ibi. *Nam pœna ſeruus efficitur*; &c. deinde conſtitutio d. Auth. Bona damnatorum, eſt priuilegiata, & ſolam ſuccedendi ab inteſtato formam permittit, & vltra ibidem præſcriptas perſonas, bona alijs non deferuntur, ſed fiſco. Vnde non poteſt iudex permittere teſtamenti factionem, tum, quia teſtabilem ipſe non poteſt efficere eum, qui ſeruus, & inteſtabilis eſt: tum quia ius venientibus ab inteſtato quæſitum ex d. Auth. Bona, adimere non poteſt, eo maximè, quia d. Auth. Bona. vltra perſonas ſpecialiter exceptas, quibus defert damnati bona, immediatè fiſcum vocat; ergo indiſtinctè denegat teſtamenti liberam factionem, contra d. Vi-

glij

glij ſententiam. Et quãuis vt miles damnatus teſtari poſſit, requireretur, vt iudex in ſententia id permitteret, l. ſi quis in principio, 22. §. miles, ff. de legatis 3. Vigl. vbi ſupra, n. 10. id tamen non ex poteſtate iudicis, ſed ex priuilegio D. Hadriani proueniebat, d. §. irritum, verſ. niſi forte.

3 Accedendo † igitur ad propoſitam quaſtionem, duo in ea conſiderari poſſunt capita. Primum, quando lege, ſtatuto, vel conſuetudine generaliter, & per viam regulæ damnatis teſtari permittitur. 2. Quando generaliter denegatur, ſed vel ſpeciali gratia, aut priuilegio aliquo conditionali id conceditur.

Quoad primum reſoluendum puto, teſtamentum ante factum valere, nec reficiendum eſſe, aut ſaltem noua voluntate firmandum: nam lege, ſtatuto, vel conſuetudine damnato teſtari permittẽtibus, iuris ciuilis diſpoſitio intercluditur, quæ alias teſtamentum vltimo ſupplicio damnatorum irritabat: etenim talis lex, vel ſtatutum, re ipſa conſeruat poteſtatem teſtandi antea competentem, cum nullo tempore taliter damnatus inteſtabilis maneat. Vnde nihil mirum, quod antea conditum teſtamentum omninò ſubſiſtat, niſi mutetur: & ita ob legem 4. Tauri, (quæ nunc eſt l. 3. tit. 4. lib. 5. nouæ Recopil.) tenuit. ibidem Hiſpanus interpres Tellius, n. 1. quem ſequitur Molina, lib. 4. de primog. cap. 11. n. 21. quidquid contrarium conſuluerit Pariſius, conſ. 46. n. 15. lib. 3.

4 Nec obſtat † primò, quod d. lex, ſtatutum vel conſuetudo, priuilegio illo generali non immutaruut iuris diſpoſitionem circa ſtatum perſonæ, quæ damnatione ipſa ſtatim ſeruus pœnæ fit, d. §. irritum. ibi: *Et non tunc cum conſumptus eſt, ſed cum ſententiam paſſus eſt, nam pœnæ ſeruus efficitur*; &c & probauimus ſub hoc lib. 2. cap 7. n. 9. ergo teſtamentum antea factum conſecutiuè corruit, d. §. irritum, ſolumque d. lex, vel ſtatutum, operabitur circa nouam diſpoſitionem. Quia reſpondetur, quod ſicut eadem perſonæ inhabilitas non impediuit quo minus nouum teſtamentum fieri poſſit, ita etiam à fortiori, non impediet quo minus valeat antea factum, cum primordio capacitatis iuuetur, & generalis illa, & abſoluta teſtandi poteſtas efficiat, vt nullo vnquam tempore teſtator condemnatus ea caruiſſet, ſi ergo ſemper potuit teſtari, etiam cũ damnabatur, per id etiam temporis ſtare poterat antea factum teſtamentum, non enim antea conditum corruit, niſi aliquo medio tempore teſtator amiſiſſet teſtamẽti factionẽ.

5 Non obſtat † tandem, quod etiam in d. l. ſi quis filio, §. irritum, verſ. niſi forte, ff. de iniuſto, rupto, D. Hadrianus militibus ex delicto militari damnatis teſtari permiſit: & tamen ipſorum teſtamenta antea facta irrita ipſo iure fiebant. indigebantque ſaltem noua, ac nuda voluntatis declaratione. Quia reſpondetur, propterea id euenire quia priuilegium Hadriani non erat ſimplex, & generale, quinimino requirebat vt ipſe miles impetraret, cum damnabatur, l. cum hic ſtatus, §. ſi miles, ff. de donat. inter virum & vxor. & inſuper requirebatur, quod iudex in ſua ſententia id conceſſiſſet, d. l. ſi quis in principio, 22. §. 1. ff. de legatis 3. Vigl. in d. §. Hactenus, n. 10. Inſt. de milit. teſtam. Vnde ſi miles teſtamenti factionem non impetraſſet eo tempore quo damnabatur, & per conſequens iudex id in ſententia non conceſſiſſet, iam amplius ceſſabat illud priuilegium; immò & quando iudex id concedebat, iam damnatione præcedenti, ex inſtantanea operatione iuris incapax fuerat factus, & teſtamentum irritum. Ex quo manifeſtè colligitur, quod priuilegium Hadriani non erat generale, ac ſimplex, nec conſequenter impediebat iuris diſpoſitionem, ſed tantum modificabat; nos verò loquimur de priuilegio ſimplici, & generali, quod ipſo iure conſeruat teſtamenti factionem, aut ſubito defert, vbi a iure ciuili adimebatur.

6 Ex quibus † inſeres declarationem ad Ord. Luſitanam lib. 4. tit. 81. §. 1. vbi indiſtinctè & generaliter permittitur damnatis vltimo ſupplicio, vt de tertio bonorum ſuorum teſtentur in opera pia: vt videlicet id non ſolum intelligatur denuo poſt damnationem teſtando, ſed etiam ſi antea piè diſpoſitũ habuerint id (niſi reuocauerunt) ſuſtineatur, huius namque piæ diſpoſitionis reſpectu ſemper taliter damnatus habuit poteſtatem teſtandi, quod iuuatur ex ſimili interpretatione, quam ad d. l. 4. Tauri, tradidit ibidem Tellius, n. 1. & Molina, d. lib 4. de primog. cap. 11. n. 21.

7 Quoad † ſecundum verò quæſtionis caput, prima facie dicendum videtur, teſtamentum quidem antea factum irritum eſſe, nuda tamen & ſimplici voluntate ſuſtineri, per text. in l. ſi quis filio, 6 §. irritum, verſ. ſed & ſi quis, ff. de iniuſto, rupto, ibi: *Et ſi militari iure ei teſtandum ſit, dubitari non oportet, quin ſi voluit id valere, feciſſe id credatur*; &c.

Probatur deinde ex l. qui liberis, §. qui teſtamento, ff. de bonorum poſſeſ. ſecund. tab. ibi: *Codicilis, aut alijs literis eodem teſtamento ſe mori velle declarauerit*; &c.

Ceterum, contraria ſententia immò teſtamentum antea factum omnino irritum eſſe, nec nuda voluntate ſuſcitari, verior mihi videtur, & omnino tenenda; quod comprobo ex §. non tamen, Inſt. quibus modis teſtam. infirment. ibi: *Nam ſi ideo irritum factum ſit teſtamentum*

ſtamentum

Digitized by Google

ſtamentum, quia ciuitatem, vel libertatem teſtator amiſit, non poteſt ſcriptus hæres ſecundum tabul. poſſeſſionem petere; &c. vbi amiſſa ciuitate, vel libertate, teſtamentum omninò irritum eſt, quamuis teſtator ſui iuris deceſſerit, & cum illo teſtamento ſe mori velle declarauerit : aliter cum nulla dubitandi ratio ineſſet Imperatori, in d. §. non tamen, nec differentia inter caſum, quo quis dumtaxat mutat familiam; In ſpecie autem propoſita irritum fit teſtamentum per ſuperuenientem ſeruitutem pœnæ, d. §. irritum, verſ. ſed, & ſi quis, & indulgentia principis, legis, vel ſtatuti, quoad illum effectum, condemnatum alias inhabilem, efficit habilem, & ciuem; ergo de nouo teſtari debet, nec nuda voluntate antea factum conualeſcit. Accedit, quia incurſa ſeruitute pœnæ, damnatus ſtatim moritur ciuiliter, (etiam antequam naturaliter extinguatur, vt probauimus) & alius homo, ſeu non homo eſt l. ex facto, 18. §. ex facto, il 2. ff. ad S. conſ. Trebel. vnde licet ei teſtari pemittatur, antea factum teſtamentum quaſi ab alio factum nuda damnati voluntate non reconualeſcit; immò de nouo, teſtari debet.

8 Nec obſtat † d. §. irritum, verſ. ſed & ſi quis, vbi agitur de milite vlt. ſupplicio damnato ex militari delicto, cui D. Hadrianus teſtari permiſit; & tamen inquit nuda voluntate antea factum eius teſtamentum conualeſcere. Quia reſpondetur, in illo text. diſputari tantum an ſuppoſita facultate teſtandi ab Hadriano militibus damnatis conceſſa, etiam iure militari teſtari poſſint, hoc eſt, inſolenniter. & teſtari inſolenniter poſſe credit ibidem Vlp. & in l. ex militari, 11. ff. de milit. teſtam. Ord. Luſitana lib. 4. tit. 83. §. 2. Propterea autem Vlp. dicit, ſufficere declarationem voluntatis, ſe cum priori teſtamento decedere volentis, quia ad ius militare ſe refert, de quo in d. l. ex militari, & in princip. Inſt. de milit. teſt. & patet in d. §. irritum, verſ. ſed & ſi quis ibi: *Et ſi militari iure ei teſtandum ſit, dubitari non oportet, quin ſi voluit id valere, feciſſe id credatur*; &c. in pagano autē, qui teſtari debet ſeruatis ſolennibus ciuilibus, quamuis eidem damnato teſtari permittatur, nihil tamen de ſuſcitatione antea facti teſtamenti per nudam voluntatem ab Vlp. deciditur. Immò, dum in milite ex ſpeciali ratione id determinat, contrarium in pagano decidiſſe videtur, vt de argumento ab ſpeciali teſtatur Euerard. in top. legal. & hinc eſt quod inſtitutio à pagano inutiliter facta, licet tempore mortis vtilis eſſe poſſit, amplius non conualeſcit nuda voluntate, l. ſi alienum ſeruum, §. in extraneis, ff. de hæred. inſtit. cum tamen eadem inutilis inſtitutio, ſi in aliquo vtilis eſſe poteſt, nuda voluntate militis ſuſcitetur, quaſi non facta, l. neque enim, verſ. ſi ſeruus pœnæ, ff. de milit. teſt.

9 Non obſtat † tandem d. §. teſtamento, (cui etiam conſentit Imper. in d. §. non tamen Inſt. quibus modis teſt. iuxta interpretationem Vigl. ibidem, & ea, quæ alibi Deo duce trademus quia reſpondetur propterea ibi teſtamentum à patrefamil. factum, quod medio tempore per arrogationem eiuſdem irritum factum eſt, nuda voluntate reconualeſcente, ſi ſui iuris factus decedas, quia emancipatione ſoluitur omninò vinculū præcedentis adoptionis, & manet idem, qui antea erat, ciuis Romanus. At damnatus eo tempore, quo eidem teſtari permittitur, alius eſt ab eo, qui antea teſtatus fuerat; quod etiam in milite conſiderat Vlp. in d. §. irritum, verſ. ſed & ſi quis, dum requirit nouam licet nudam, militis voluntatem: nam tantumdem operatur noua & nuda militis voluntas, quam ſolennis pagani teſtatio, iuxta princip. Inſt. de teſtam. milit.

Ad ſecundam quæſtionem.

An l. ſi ita ſtipulatus, §. vltimo de verb. obligat. procedat etiam in vltimis voluntatibus?

10 Affirmatiuè † reſpondet Bart. in d. §. vltimo, & in l. Titia quæ, ff. eodem tit. in vltima oppoſitione, aperte dicens, non poſſe alterum ab altero ad coniugium inter ſe cōtrahendum ſpe lucri inuitari, idque tantum poſſe recipi, quando conditio nuptiarum alicuius tertij perſonam reſpicit. Bartolum ſequuntur plures quos refert Luſitanus Ægidius in relect. l. Titię centum, ff. de cōd. & demonſt. prima parte, n. 66.

Ratio, qua Bart mouetur, ea eſt, quia talis promiſſio libidinis intuitu facta præſumitur, atque propterea minus honeſta., & contra bonos mores reputatur.

11 Verum † hæc ratio genuina non eſt, nec bona, illamq; reprobat Ioannes Garcia à Saauedra, in tract. de donat. remuner. nu. 27. in vlt. verbis: nam vbi quis, quæve ad matrimonium inuitatur (licet fateamur aliqualem poſſe ſubeſſe libidinis præſumptionem) id, quod principaliter intenditur, eſt legitima coniunctio ad indiuiduam vitæ conſuetudinem, princip. Inſt. de patria poteſt & de eligenda ſibi coniuge, ex qua liberos procreet familiæ ſubſidium, quam cum debeat habere ſelectiſſimam

Digitized by Google

mam, & per quam optimam, vt ſuadet Ariſtotel. lib. 1. Oeconom. talem ſpe lucri præſumendum eſt inuitaſſe, ac per conſequens hoc tantum attendi debebat, iuxta regulam l. 1. verſ. 1. ff. de autor. tutor.

Deinde contra Bart. ſententiam, vltra text. in cap. de illis, extra, de condit. appoſitis, videtur text. in l. conditionum quæ 91. verſ vt hæc conditio, ff. de cond. & demonſtr. ibi. *vt hac conditio, Titia ſi mihi nupſerit; non dubiè, niſi viuente teſtatore*, &c. vbi I. c. Męcianus validam ſupponit, & adimplendam dicit conditionem ſi mihi nupſerit, lego tibi centum, & hunc text. eſſe apertum contra Bart. dicit. Ægid. vbi ſupra.

12 Garcia † à Saauedra vbi ſupra, agens de interpretatione d. l. ſi ita ſtipulatus, §. vlt. inquit propterea ibi non valere ſtipulationem, quia conferebatur in tempus inhabile, ſcilicet contracti matrimonij, quo inter coniuges donatio non valet. tit. ff. de dona. inter virum. quod ante eum tenuit gloſſ. verb. nec uero, in d. §. vlt. mouentur per text. in d. l. quod ſponſæ, C. de donat. ante nupt. quæ ratio cum eſſet in vltimis voluntatibus, ſupponunt contrarium in iiſdem dicendum. Verum d. interpretatio apta non eſt, quia in d. §. vlt. non confertur in tempus nuptiarum obligatio ſeu executio quoad dominium, vt alias exprimebatur, in d. l. quod ſpōſę, ſed potius in præſens. Deinde I. c. in d. §. vlt. non damnat ſtipulationem ob dationem hoc, vel illo tempore faciendam, ſed quia ob conditionem nuptiarum facta eſt. tandem ſi ratione collationis in tempus inhabile nō valeret de actu promiſſio, nō diceret I. c. facile ſeu non raro dari poſſe probabilē cauſam ob quam valeret dicta promiſſio cū reſpectu donationis inter coniuges difficilis, & plusquā rara eſſet cauſa, quæ ſuſtineret donationem.

13 Ægidius † tandem vbi ſupra putat faciendam eſſe differentiam inter vltimas voluntates, & contractus, & ita procedat Caius, in d. §. vlt. & Męcian. in d. l. conditionū quę, verſ. 1.

Rationem autem differentię conſtituit doctiſſ. Ægid. in occaſione diſcordiarum, quas inter coniuges promiſſionis exactio extraneo; idque comprobat argumento text. in l. 2. ff. de donat. inter virum, & vxor. quod quidem diſſidium ceſſat in legato, vtpote cum illius exactio conferatur poſt mortem teſtatoris.

Ceterum hæc differentiæ ratio bona non eſt: nam in iure non reprobatur ratione rite, ac recte contractæ obligationis inter coniuges exactio, nec in citata l. 2. contrarium probatur: non enim ibi exactio improbatur, ſed potius donatio, ſiue obligatio contracto matrimonio ineunda: eo maximè, quia leges, quę improbarunt promiſſionē ſub conditione nuptiarum inter promittentem, & eam, cumve cui promittitur, non reſpexere exactionem promiſſionis, ſed ipſammet promiſſionē. Inſuper ſi ratione diſcordiarum eſſet promiſſio improbata ſub conditione, ſi promittenti nubat, profecto acerbiores poterant euenire, ſi validum eſſet legatum ſub d. conditione: nam cum poſſit mutari teſtamentum, vel legatum adimi, & conſequenter vxor ſe vidiſſet fraudatam ſperato lucro, tunc vix ſuborirentur maximæ; immò & matrimonia diſcuterentur.

14 Quapropter † pro vera reſolutione aduertas ſemper improbatum fuiſſe in iure omne commercij ſpecimen reſpectu matrimonij, propter bonos mores: non enim debere eſſe venalia matrimonia eleganter tradit Cæcilius Africanus, teſte Paulo I. c. in l. 2. ff. de don. inter virum. inde cum, ſi quis promittat aliquid ſub conditione alicui, ſi eidem nupſerit, quoddam commercij genus intercedere videretur; etenim promiſſor pretium quodammodo conſtituit pro recipienda vxore, & illa, cui promittitur, pretium recipit pro ſeipſa, quam viro tradit: nihil mirum quod talis promiſſio improbata ſit, d. l ſi ita ſtipulatus, §. vlt. ff. de verb. oblig.

15 Quæ ratio † cum ceſſet in promiſſione, quę fit reſpectu tertij, quando ſcilicet promittitur alicui ſub conditione ſi Titiæ nupſerit, à qua nihil pretij recipit, nec ipſa ab illo pro iungendis mutuis corporibus, tunc promiſſio valebit; & ita etiam procedat in vltimis voluntatibus iuxta text. qui ſic debet intelligi in l. Titio centum., 71. §. 1. ff. de cond. & demonſtr. vt intelligit Bart. in initio quæſt. citatus.

16 Prædicta † venalitij matrimonij ratio, & eius prohibitio etiam in ſupremis iudicijs militat, (vt tenuit Bart. & qui eum ſequuntur, licet ducti alio, & quidem falſo fundamento, vt diximus) quamuis non ita fortiter, quia pretium illud, quod datur ſub ſpecie legati, non eſt ita ſecurum, immo maximè fallibile propter naturalem reuocabilitatem vltimæ voluntatis, l. 4. ff. de adim. legat. nec etiam datur ſub ratione conuentionis, quæ ſonat in venditionem, & commercium, ſicut apparet in promiſſione. Quia tamen legatur ſub ratione reciproci intereſſe, iam qualis qualis vertitur venalis matrimonij ratio. Cui ſentētiæ fauet Vlp. in fragment. tit. 20. §. mutus, ſurdus, vbi denegat prodigo teſtamenti factionem, reddens rationem, quod eidem commercium denegatum eſt; ergo in teſtamentis ſpecies commercij reperitur; quæ ratio licet ad illud teſtamentum referretur, quod fiebat per æs, & libram, vt innuit Vlp. vbi proxime, adhuc tamen effectus exinde proueniens ſuſtinetur, licet tale teſtamenti genus abierit: quamuis Cuiac. in d. §.

mutus,

mutus,ex alio capite id ſuſtineat.

17 Suppoſito † igitur, quod deciſio I.c. in d. l. ſi ita ſtipulatus,§. vlt. ff. de verb. oblig. milit. etiam in ſupremis iudicijs non obſtat iam d.l. conditionum,quæ,verſ. 1. non enim Macianus ibidem agit de validitate legati ſub conditione relicti, ſi teſtatori nupſerit: ſed ſuppoſita validitate eiuſdem legati, ſolum agit de tempore quo debet adimpleri d. conditio, vt patet manifeſtiſſimè ex illius ſerie. Conſtat autem poſſe, & non raro dari cauſam,ob quam promiſſio, & à fortiori legatum valeat ſub d. conditione,vt inquit d.l. ſi ita ſtipulatus,§.vlt. ibi: *Nec raro probabilis cauſa eiuſmodi ſtipulationis eſt*; &c. qua validitate ſuppoſita,procedit vlterius I.c.in d.l.conditionum quæ,verſ. 1. de tempore implementi. Colſus itaque proponit regulam, & exceptionemin d. l. ſi ita ſtipulatus,§.vlt. & Mæcianus ſupponit exceptionem in d. l.conditionum, quæ; verſ.primo.

18 Vnde † primo infertur,quod ſi etiam reſpectu tertij detur eadem ratio; v. g. quando per interpoſitam perſonam promiſſio fit ad fraudãdam legem,tunc etiã non valebit promiſſio nec legatũ ſic declarata d.l. Titio cẽtum,§. 1. ff. de cond. & demonſtr. nam ab ipſo viro, vel muliere promittente fictè capit, qui, quæve per interpoſitam perſonam capit,l. ſi ſponſus,5. in princ. ff. de donat. inter virũ, & uxor.

19 Secundo † infertur, prædictam rationem euincere,(licet lucrum illud,quod promittitur debeat acquiri prius,quam matrimonium cõtrahatur)vt adhuc promiſſio nulla ſit: tũ quia illa commercij ratio etiam tunc militat:tum, quia aperiretur via fraudandæ legi, quæ vetat venalia matrimonia, quidquid contradicat Ægidius,vbi ſupra,n.68.

20 Tertio † infertur, validam eſſe promiſſionem, & legatum, & conſequenter actionem concedendam,ſi iuſta cauſa ſubſit,ob quam illud lucrum non in pretium videatur acceptum v. g. ſi in dotem detur, vel ratione pacis inde obuenturæ, aut nobilitatis, & ſimilium. Couar. de ſponſal. 2. parte,cap. 3. num. 2. & alij,quos referens ſequitur Ægidius,vbi ſupra, num. 66.

21. Quarto † infertur, dicto capitolo de illis, extra, de condit. appoſ. eſſe explicandum iuxta terminos,de quibus ſupra, quando ſcilicet ſubeſt iuſta cauſa,ob quam debeat valere promiſſio. Nec referendum eſt ad caſum, in quo lucrum quæratur ante contractum matrimonium, vt voluit Ægidius, vbi ſupra, numero 68. quia vltra quam quod hæc cautela iam ſupra reprobetur,manifeſtè manet diuinatorius dictus intellectus.

Ad vltimam quæſtionem.

An ademptio ſub conditione, ſi hæres voluerit; prout liberam voluntatem importat, valeat?

22 ET valere † communiter tenetur, per text. in l. fideicommiſſa, 11. §. ſi ſic fideicommiſſum, ff. de leg. 3. quia videlicet talis adẽptio cõuertitur in dationem ſub conditione, niſi hæres voluerit,& ita tradit Connan. lib. 10. Comment. iuris. cap.6.n.4. Couar. in cap.cum tibi,n. 8. ad finem,extra,de teſtament. ita teſtatur Luſitanus Coſta,ex communi ſententia,lib. 1. Select. cap.24.n. 6. cum ſeqq. vbi clarè id conſtituit, ac defendit.

Sed obſtat, quia quemadmodum datio legati eſt vltima voluntas,ita & eiuſdem ademptio vltima voluntas eſt; Atqui vltima voluntas non poteſt conferri in voluntatem hæredis l. illa inſtitutio,ff. de hæred inſtit. l. Senatus,§. legatum, ff. de legatis 1, d.l. fideicommiſſa,§. quamquam.

Accedit regula l. legata, verſic. quibus ex cauſis,ff. de adim. legatis, vbi deciditur, quod ex quibus cauſis non valet datio legati, ex ijſdem non valet ademptio. Ex quibus contrariam ſentẽtiam tenerunt plurimi in d. verſ. quibus ex cauſis,& Coſta ſibi contrarius, eodem lib. 1. ſelect. cap. 21. n. 11.

23 Ceterum † prior opinio verior eſt,& omnino tenenda. Pro cuius defenſione aduerte primò, ademptionem dupliciter fieri poſſe, vel purè,vel ſub conditione,vt eſt vulgare,iuxta l. quod ſi,7. ff. de adimend. legatis,cum alijs, inter quas adimendi formas ea eſt differentia, quod(licet vtraque ſit vltima voluntas)ademptio pura per ſe ſeparata ſubſiſtit,ita vt vel legatũ adimatur, & ipſa valeat. l. 3.§. ſi quis ita, & §. ſi Titio,ff. de adim. legat. & paſſim; vel legatum valeat,& ipſa ademptio corruat, d. l. 3.§. ſi quis ita,ad finẽ;in qua ſpecie ademptionis militat regula I.c. in l. legata,14. verſ. quibus ex cauſis, ff. de adim. legat. vt apparet in exemplis,de quibus ibidem, quæ licet non arctent regulam, declarant tamen vbi militet: tunc enim quibus ex cauſis datio inutilis eſt, ex ijſdem ademptio inutilis eſt, cum vtrinque detur par ratio. licet Coſta d. capitulo 21. numero 11. & d. cap. 24. n. 7. eam regulam generaliter intelligat. Quod quidem ſemper

verum

Digitized by Google

verum erit, quotieſcunq; ademptio per ſe ſubſiſtit, ſeparata à datione, nec cum datione commiſcetur, eamque qualificat, vt inferius patebit in ademptione conditionali. Nec exemplum differentiæ, quod ex communi ſententia refert Coſta d. cap. 24 n. 8. aliquid euincit: nam eo caſu, quo legatum conuicij verbis relictum, non valet, ſcilicet, quando aliàs non conſtat de corpore legatarij, vt notatur per text. ibi, in l. quoties. 9. §. ſi quis nomen, ff. de hæred. inſtit. in eodem caſu, quo ademptio verbis conuicij fit, nullius eſt momenti; quando videlicet non conſtat de corpore eius, cui adimitur Vtrobique tamen, ſi de corpore conſtat, valet datio, vel ademptio.

24 Ademptio † verò conditionalis in eo differt à pura, quod per ſe nunqam ſeparata exiſtat, ſed ſtatim commiſcetur cum datione; adeo vt magis modificatio illius præcedentis diſpoſitionis maneat, quam particularis, & diſtincta diſpoſitio, vt probat Iulianus in l. legatum, 10. ff. de adim. legatis ibi: *Nam legatum, cum ſub conditione adimitur, perinde eſt ac ſi ſub contraria conditione datum fuiſſet*; &c. Menehacha, de ſucceſſ. progreſ. in præfat. n. 89. Mantica. de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 17. num. 1. vnde inferunt, quod licet diſpoſitio non poſſit induci per verba conditionalia, & negatiua, inducta tamen diſpoſitio per eadem verba, modificari poteſt, quaſi ademptio nihil aliud ſit, quam modificatio præcedentis dationis. Conſtat igitur ex mente I. c. in d. l. legatum, quod conditionalis ademptio eſt qualitas quædam inhærens dationi, cum remaneat in datione tamquam ſimplex conditio, vt patet ibi: *Sub contraria conditione datum*, &c. ac per conſequens eſſe regulandam ſecundùm actum dationis, in quem conuerſa eſt, à contrario ſenſu. Exemplum autem conuerſionis aſſignari poteſt in conditione, v. g. ſi nauis ex Aſia uenerit: nam appoſita ademptioni, efficit, ut datio intelligatur facta, ſi nauis ex Aſia non uenerit, & ſic de alijs.

25 Deinde † aduertendum eſt, ultimam uoluntatem non poſſe conferri in hæredis, uel alienam uoluntatem liberam, ut comprobant ſupra relata in initio iura; quod tamen recipit declarationem (inter alias) ut uidelicet non procedat, quando non actus ſubſtantia, & ualiditas, ſed potius reſolutio in d. uoluntatem liberam confertur, ut magiſtraliter docet Vlpianus in l. fideicommiſſa, 11. §. ſi ſic, ff. de legatis 3. Coſta, d. cap. 24. à nu. 4. & eſt vbique receptum.

26 Quibus † præmiſſis, iam patet veritas propoſitæ ſententiæ: nam propterea valet ademptio ſub conditione, ſi hæres voluerit, quia ademptio conditionalis non ſubſiſtit per ſe, ſed ſtatim ipſo iure conuertitur & commiſcetur cum datione, vt patet ex d. l. legatum, 10. vt ſupra expoſuimus; & ita commiſcetur cum datione, vt conditio, quam antea habebat, non eodem modo dationi inſit, ſed potius contraria, ſeu cõuerſa, d. l. legatum, ibi: *Sub contraria*; ac per conſequens, vt ſupra diximus, manet in datione totus ille actus ademptionis conditionalis, tanquam ſola quædam conditio contraria. Atque ita ademptum ſub conditione, *ſi hæres voluerit*, conuertitur in datum ſub conditione, *niſi hæres noluerit*, quæ eſt conditio contraria: nam quod eſt voluntas in ademptione, eſt non contradictio in datione legati; ita tamen variatur conditio in datione, in quam conuertitur ademptio conditionalis, vt vbique poſita non ſit contraria voluntati defuncti, immo ſemper eadem; & ideo ſicut conditio, *ſi hæres voluerit*, in ademptione tunc operatur, quando hæres non vult præſtare legatum: ita conditio, *niſi hærès voluerit*, tunc impedit debitionem legati, quando hæres non vult præſtare legatum, & tamdiu valet diſpoſitio teſtamentaria quamdiu hæres non exprimit voluntatem contrariam dationi, vt v. g. ſi furioſus fiat, vel aliàs decedat non declarata voluntate, vt tetigit Coſta, d. cap. 24. n. 4.

27 Nec iam † obſtant ſupra in contrarium adducta: nam primum diſſoluitur ex ijs, quæ ſecundo loco præmiſimus; quia non omnis vltima voluntas collata in alienum arbitrium, vitioſa eſt: ſed quando quoad ſubſtantiam confertur, & ideo ſi reſolutio actus committatur alienæ voluntati, valet, vt probauimus: cum autem in noſtris terminis poſt conuerſionem ademptionis conditionalis in dationem ſub contraria conditione, in voluntate hæredis maneat dumtaxat reſolutio, & contradictio; nihil mirum quod valeat ademptio prædicto modo facta, d. l. fideicommiſſa, 11. §. ſi ſic.

28 Non obſtat † ſecundum: nam ex ijs, quæ in primo loco pręmiſimus, ſatisfit: loquitur enim in ademptione per ſe ſubſiſtente; vnde ſi poſſibile foret, vt ademptio conditionalis v. g. *ſi hæres voluerit*, potuiſſet per ſe ſubſiſtere abſque conuerſione in dationem ſub contraria, profecto non valuiſſet colata in hæredis voluntatem; ſed cum ademptio conditionalis ſtatim & ipſo iure conuertatur: non conditio in adẽptione, ſed conditio in datione inſpici debet.

F I N I S.

INDEX NOTABILIVM,

quæ in hoc opere continentur.

A

ABſtinendi ius non tranſmittitur ad hæredes extraneos, pagina 140. num. 19.
Abſtenſio ceſſat in hæreditate agnita, pag. 143. num. 38.
Acceſſio poſſeſſionis ad complendam vſucapionem, in æquitate fundatur, pag. 175. num. 26.
acquiſitio irreuocabilis fructuum ex re aliena bona fide poſſeſſa perceptorum, conſiſtit in conſumptione, non verò in vſucapione, pag. 218. n. 71.
actio, quæ datur contra fraudulenter omittentes cauſam teſtamenti, quæ ſit, pag. 43. a nu. 39.
actio ex empto non competit, niſi pretium ſolutum ſit, pagina 180. num. 16.
actio ex empto competit euicto partu, qui apud emptorem natus eſt, pag. 211. num. 36.
actio iuris ciuilis inuentum eſt, p. 296. num. 27.
actio in factum duplex eſt, p. 337. num. 14.
actio quælibet olim dabatur a prætore, ibid. num. 15.
actus legitimus non poteſt per alium exerceri, pagina 266. num. 47.
ademptio tacita collecta ex eo, quod poſt mortem teſtatoris euenit, parit hæredi exceptionem, pag. 111. num. 32.
ademptio legati facti: ſub conditione, ſi hæres voluerit, an valeat? p. 359. a nu. 22.
ademptio pura, & conditionalis in quo differant, pag. 359. num. 23.
ademptio ex iis cauſis non valet, ex quibus non valet datio, ibidem.
ademptio conditionalis in effectu eſt modificatio præcedentis diſpoſitionis, p. 360. nu. 24.
ademptum in teſtamento cenſetur, quod ex quibuſuis verbis teſtamenti quomodolibet adimitur, pag. 111. num. 31.
adeundi ius non eſt quid conſiderabile, p. 123. nu. 29.
aditio hæreditatis non eſt in opera ſeruili, pagina 125. num. 3. nec poteſt dici ex re domini fieri, num. 4.
aditio eſt actus legitimus, & ſtatim obligat, pagina 126. num. 11.
aditio metu facta obligat ipſo iure, p. 127. nu. 16.
aditio coacta, animo tamen fallendi, non obligat, ibidem.
aditio non requiritur in ſuis hæredibus, pag. 139. num. 16.
aditio malitioſe dilata non prodeſt hæredi, pagina 312. num. 4.
aditione ſimplici ſolum dominium ciuile transfertur, pag. 289. num. 27.
adoptione ſui hæredis rumpitur teſtamentum antea factum, niſi adoptatus reperiatur antea inſtitutus, pag. 244. num. 7.
adoptari nemo poteſt antequam naſcatur, pag. 244. num. 9.
adoptari poteſt, qui eſt in poteſtate, ſi gradus mutetur, p. 245. nu. 11. & nu. 14.
adoptatus non poteſt amplius adoptari in eandem patriam poteſtatem acquirendam, ibidem. num. 13. & num. 15.
adoptator debet præcedere ætate adoptatum 18. annis, pag. 247. num. 25.
aduocati quaſi militant, pag. 56. nu. 21.
Ædes non poſſunt altius ſtatuta menſura erigi ne luminibus officiatur; neue auferatur proſpectus maris, niſi vicinus conſentiat, p. 186. nu. 6.
Ædificio in loco publico corruente locus publicus reuertitur ad antiquam naturam, pag. 153. num. 6. & pag. 155. nu. 11.
Æquitas naturalis, vt lex conſideratur, & obligat, pag. 25. num. 44.
Æs alienum hæredis non impedit deductionem Falcidiæ, & Trebellianicæ, p. 87. num. 5.
Æs alienum hæredis non compenſatur cum fructibus etiam teſtatoris iudicio perceptis, p. 87. num. 7.
Aes alienum præfertur quartarum deductioni, ibidem, num. 9.
Aes alienum ante omnia deducitur a bonis hæreditariis, pag. 86. num. 2.
Aetas octodecim annorum ſolum conſideratur ad cognoſcendam perfectam pubertatem, & potentiam generandi, pag. 247. nu. 25.
Aetas ad teſtandum de iure gentium quomodo conſideretur, pag. 301. num. 55.
Agnatio, quæ manumiſſione fit, quæ olim fuerit, pag. 351. num. 15.
alienatio neceſſaria, quæ ſit, pag. 172. num. 13.
alienatione prohibita ab homine, non prohibetur vſucapio, p. 171. num. 11.
alienatione prohibita a lege prohibetur quoque vſucapio, ibid. & num. 12.
alienatione non ſimpliciter, & abſolute a lege prohibita, non impeditur vſucapio, pagina 173. num. 19.
alienans contra iuris diſpoſitionem, & publicam vtilitatem, poteſt reuocare alienationem, vel eius hæres, pag. 275. nu. 2.
alimenta impuberibus relicta vſque ad quod tempus intelligantur, pag. 247. nu. 25.

Digitized by Google

INDEX.

Alimenta legata ei, qui poſtea ſeruus pœnæ factus eſt, & iterum reſtitutus, retro ante debeantur, pag. 270. num. 2.

Alimentis legatis aqua quoque continetur, pag. 306 num. 14.

Alternatiuum legatum tribuit electionem, pag. 328. num. 2. & cui tribuat, num. 3. & ante electionem tranſmittitur, pag. 329. num. 7. niſi tamen electio detur hæredi, p. 330. nu. 17. quod declara, ibidem, num. 18.

Alternatiuum legatum vnicum eſt in ſe, pagina 334. a num. 34.

Alternatiuæ obligationis vtroq; membro ſoluto per errorem, debitori competit electio, quoad repetitionem, p. 345. nu. 30. declara, p. 346. nu. 35.

Ancilla concubina domini per mortem eiuſdem fit libera cum ſobole, ſi aliud non declaretur, pag. 103. num. 26.

Ancilla prægnante ſubrepta, partus vbicumque editus furtiuus eſt, & non poteſt vſucapi, pag. 206. num. 7.

Ancilla ſubrepta, partus conceptus & natus apud furem, eſt furtiuus, & inuſucapibilis, p. 206. num. 10. idem eſt, etiamſi pariat apud hæredem furis, p. 207. nu 16. idem eſt, etiamſi conceptus, & natus ſit apud hæredem furis, ibidem, num. 17. Idem, ſi concipiat apud furem, & naſcatur apud bonæ fidei poſſeſſorem, p. 208. num. 19.

aqua legari poteſt, pag. 306. nu. 14.

aqua eius eſt, in cuius ſolo emergit, p. 308. nu. 3.

area aliquando cedit ædificio p. 153. nu. 3.

area eſt ædificij pars maxima, p. 308. num 4.

arrogatio liberti ignaranti patrono non præiudicat, pag. 352. num. 25.

arrogatione facta quando bona arrogati tranſeant in arrogatorem, ibidem.

Argumentum de toto ad partem efficax in iure, pag. 18. nu. 16. & procedit in proportione Arithmetica, & Geometrica, ibid. num. 17.

argumentum a contrario ſenſu tunc inducit iuris antiqui correctionem, quando aliàs maneret otioſum, p. 60. num. 36.

argumentum identicum nihil concludit, pagina 119. num. 13.

argumentum, quid ſit, & in quo differat ab illatione, pag. 119. num. 14.

aſſignatio libertorum requirit duos, pluresue filios in poteſtate, p. 91. num. 2.

aſſignatio libertorum non poteſt fieri filio naturali, p. 95. num. 20. quid apud Luſitanos in filio naturali hominis plebei, p. 95. a nu. 22.

aſſignatio libertorum non poteſt fieri filio naturali diſpenſato, p. 97. num. 26.

aucupans, venans, piſcans in alieno, ſuum facit quod capit, p. 157. nu. 23.

Auus cum vno ſolo nepote in poteſtate, poteſt eſſe teſtis in teſtamento alieno, pagina 31. num. 22.

B

BIs idem ſolui æquitas non patitur, pagina 322. num. 25.

Bona caſtrenſia, vel ad inſtar caſtrenſium liberam ſemper tribuerunt diſponendi inter viuos facultatem, p. 61. num. 40.

bona caſtrenſia, vel ad inſtar caſtrenſium non veniunt in collationem, ibidem.

Bona, quæ conferuntur, non poſſunt contineri ſub libera teſtandi facultate, p. 63. nu. 48.

bona donata filiofam. militi per patrem, tamdiu filij intelliguntur, quamdiu de iiſdem filius diſponit, pag. 63. num. 49. & quid apud Luſitanos, ibidem.

bona, quæ primo filiusfam. paganus ſibi pleno iure quæſiuit, qualia fuerunt, p. 55. num. 15.

bona deportati pertinent ad fiſcum, pag. 224. num. 4. etiam ea, quæ poſtea acquiruntur, ſi proueniunt ex cauſa de præterito, p. 227. nu. 19.

bona conferenda ab emancipato, quæ conſiderentur, pag. 248 num. 32. & quæ non conferantur, pag. 249. num. 33.

bonæ fidei poſſeſſor cur fructus ſuos facit, & extantes tenetur reſtituere, p. 218. nu. 72.

bonæ fidei poſſeſſor: vide poſſeſſor bonæ fidei.

bonorum a principe donatorum filiofam. vſusfructus patri non quæritur, p. 61. num. 42.

bonorum poſſeſſio contra tabulas aliquando competit ex perſona alterius edictum committentis, pag. 233. num. 4.

bonorum poſſeſſio contra tabul. non reducit rem ad cauſam inteſtati, p. 235. num. 13.

bonorum poſſeſſio contra tabul. eſt remedium ſucceſſorium, ibidem.

bonorum poſſeſſio contra, & ſecundum tabul. poſſunt aliquando concurrere reſpectu eiuſdem teſtamenti, pag. 236. num. 16.

bonorum poſſeſſio contra tabul. aufert ab extraneo hærede vniuerſam hæreditatem, ibidem.

bonorum poſſeſſio contra tab. defert portiones, quæ aliàs ab inteſtato competebant, pagina 235. num. 14.

bonorum poſſeſſio facti non conceditur, niſi in portione omnino certa, p. 251. num. 6.

bonorum poſſeſſio contra tabul. & querela inofficioſi, non poſſunt in vnius perſona vllatenus concurrere, p. 353. num. 26.

bonorum poſſeſſio, quæ patri præterito contra tab. filij emancipati datur, continet etiam commodum querelæ, & quando, pagina 353. a numero 27.

bonorum poſſeſſio contra tabul. probata ſimplici præteritione competit, pag. 353. num. 29. & ante aditam hæreditatem impetrari poteſt. ibidem.

Cælebs

INDEX.

C

COElebs, & orbus ex lege Iulia, & Papia ex teſtamento ſolidum capere non poterant, pagina 343. num. 17.
Cœlibatus pœna ſublatæ ſunt, pag. 344. nu. 25.
cœnandi licentia in alieno loco quid importet, pagina 305. num. 9.
capacitas domini præſtat ſeruo diuerſam, & aliquando ampliorem capacitatem, pag. 118. num. 3.
capacitas ſerui eius, qui in vtero eſt, ab ipſo vtero ſumitur, p. 121. num. 23. cum præced.
captatoria omnino concipi debet ſub vera conditione. pag. 3. num. 6.
captatoria etiam poteſt concipi modaliter, dummodo modus ex mente defuncti prius impleri debeat, quam emolumentum acquiratur, pag. 3. nu. 6.
captatoria omni tempore fuit, & eſt inutilis, pag. 3. num. 7.
captatoria vitium in quo conſiſteret, ibid. nu. 8.
captatoria etiam in teſtamento militis non valet, pag. 12. num. 43.
captatoria forma inter eos, qui ſe mutuo amant, amittit vitium, pag. 112. num. 42.
captandæ mortis ſuſpicio ceſſat, vbi mutuus amor præſumitur, p. 116. nu. 59. & p. 112. nu. 42.
Catoniana regula: vide, regula Catoniana.
cedendarum actionum exceptio, quando poſſit opponi creditori, p. 320. nu. 19. & nu. 20.
cedendarum actionum exceptio competit confideiuſſoribus, pag. 321. num. 21.
cedendarum actionum, & diuiſionis beneficia, quæ fideiuſſoribus competunt, diuerſa ſunt, & aliquando poteſt vnum, ſine altero competere, pag. 321 num. 23.
Chronici libri faciunt legitimam probationem, pag. 53. num. 5.
circuitus eſt euitandus, pag. 252. num. 13.
ciuitatum res, quæ alienari poſſunt, p. 170. nu. 5.
ciuitatum bona, quæ vſucapi poſſunt, p. 174. num. 21.
clauſula vulgaris prorogatiua legatorum non pertinet ad legata conditionalia, vel quæ in futurum diriguntur, p. 246. num. 22.
Clericatus non tollit patriam poteſtatem, pagina 350. num. 13.
codicillos facere poteſt, qui & teſtari, p. 65. nu. 61.
cogens teſtatorem, vt cogentem ſcribat hæredem, acquirit fiſco, p. 74. num. 13.
cohæres eius, qui abſtinuit hæreditate paterna, ſi adiuit, tenetur vel partem agnitam relinquere, vel totum acceptare, p. 141. nu. 28.
cohæredis extranei datio an tollat ſuitatem? remiſſiue, pag. 151. num. 73.
cohæredis extranei datio inducit quodammodo permiſſionem omittendi ex inſtitutione, ibidem.
cohæredi repudianti hæreditatem, id quod prælegatum ei eſt, in ſolidum debetur, p. 312. nu. 9.
collatio olim etiam locum habebat in ſucceſſione per bonorum poſſeſſ. contra tabul. p. 235. nu. 14.
commerciandi ius an prohiberi poſſit, p. 157. nu. 21.
committere edictum, quid ſit. p. 233. num. 3.
commiſſo edicto per alium, alteri etiam naſcitur bonorum poſſeſſio contra tab. & quando ei proſit, pag. 234. nu. 9. & ſeq.
compenſatio fieri poteſt cum debito naturali, pagina 167. num. 3.
concepti in vtero exiſtentes pro natis habentur, pag. 119. num. 9.
condemnatus vltimo ſupplicio teſtari non poteſt, pag. 355. nu. 1. & de ratione, nu. 2.
condemnatis vltimo ſupplicio, ſi lege, vel ſtatuto teſtari indiſtinctè permittitur, ante a factum teſtamentum tenet citra vllam declarationem voluntatis, pag. 356. num. 3.
condemnato ad vltimum ſupplicium; ſi teſtari ex gratia permittatur, ante ſactum teſtamentum non ſuſtinetur, ſed omnino de nouo faciendum eſt, p. 356. a nu. 7. ſecus in milite, in quo ſufficit quodlibet indicium voluntatis circa primum teſtamentum, p. 357. num. 8.
condemnatus vltimo ſupplicio ſtatim à condemnatione fit ſeruus pœnæ, p. 356. nu. 4.
concubinatus de iure ciuili cum propria ſerua haberi poterat, p. 100. nu. 14. & p. 103. nu. 26.
concubina legitimè relinqui poteſt in teſtamento concubinarij, p. 341. nu. 6.
condictio ex l. omnimodo, C. de inoff. teſtam. ſucceſſit loco querelæ inofficioſi, p. 141. n. 26. & an tranſmittatur in quoſuis hæredes? ibidem.
condictio indebiti, & ſine cauſa, poteſt concurrere, p. 159. num. 6.
cõdictio indebiti ceſſat, quoties ſoluitur authoritate iudicis, p. 159. nu. 7.
condictio indebiti ceſſat, ſi certum eſt, debitum iri, pa. 199. num. 23.
condicenti poſſeſſionem traditam indebitè, an opponi poſſit exceptio dominij? p. 323. a nu. 1.
condictio triticaria competit ad poſſeſſionem amiſſam etiam citra furti, aut violentiæ vitium, pag. 325. num. 8.
conditio vera debet prius impleri, quam emolumentum acquiratur, pag. 3. num. 6.
conditio dandi hæredi, qui ſolus ſcriptus eſt; vel dandi Titio, qui ſolus ſcriptus eſt hæres; non differt, p. 147. nu. 52. & ſeq. & a num. 55.
conditio impoſſibilis reputata poſſibilis an vitiet diſpoſitionem, vel vitietur? p. 158. a nu. 1. cum ſeqq.
conditio impoſſibilis ex ſuppoſitione, vel euentu, quæ dicatur, p. 160. num. 9.
conditio, quæ in non faciendo conſiſtit, ſi vni ſoli hæredi ſcripto imponatur, impoſſibilis reputatur, ibidem, num. 11.
conditio falſa, quæ dicatur. p. 160. nu. 12.
conditio ex euentu facta impoſſibilis inſcio teſtatore vitiat diſpoſitionem, 161. nu. 14.
conditio, quæ poſt teſtamentum deficit, magis

INDEX.

deſtruit, quam quæ antea erat defecta, pagina 162. num. 18.
Conditio, quæ poſt teſtamentum deficiens non obeſt, minus obeſt antea defecta, ibidem.
conditionem remoueri, vel conditioni paritum eſſe, diuerſa ſunt, pag. 163. nu 21.
Conditio, quæ ex proprio facto teſtatoris eſt effecta impoſſibilis, remouetur, p. 160. nu. 12.
conditio qua patientia teſtatoris facta eſt non implebilis propter illius commodum, vel honorem, pro non ſcripta cenſetur, pag. 163. num. 22. cum præced.
conditio, ſi non nupſerit, tollitur manente legatario in facultate nubendi, p. 195. num. 1. quod declara, num. 2.
conditio, ſi non nupſerit, cur a iure tollatur, pagina 196. num. 4.
conditio ſi nupſerit ducenta; ſi non nupſerit, centum lego, an remittatur a minore legato, pag. 198. a num. 14.
conditio, ſi monaſterium ingrediatur, continet duplicem conditionem, p. 200. nu. 32.
conditio impeditiua matrimonij aliquando non tollitur a principio, ſed ſecutis nuptijs, p. 201. n. 34.
Conditio non nubendi non remittitur, quando in caſu contrario vocatur fauorabilior cauſa, pag. 201. num. 37.
Conditio, ſi nupſerit, & conditio, ſi monaſterium ingrediatur, poſſunt eſſe diuerſæ, & poſſunt eſſe contrariæ. p. 202. nu. 39. & poſſunt ſimul verificari, ibidem.
conditio non nubendi, quando non remittitur, an recipiat cautionem Mutianam, p. 200. n. 27.
conditio non nubendi non remittitur, quando legatarius minus conſequeretur, p. 201. nu. 38.
conditio, ſi nupſerit certæ mulieri, deficit ſi ipſa moriatur, non exprimens ſe nolle, p. 252. num. 12. de quo etiam vide, nu. 14, & nu. 15.
conditio, quæ tacite ineſt, ſi explicetur, non facit actum conditionalem, pag. 328. nu. 6. & omnino, pag. 330. nu. 12. & ſeq.
conditionum tacitarum triplex genus, & differentia, p. 330. nu. 11. & ſeq.
conductor ſoluens anticipatam penſionem, non repetit, p. 24. nu. 40.
coniuges ſe inuicem in eadem charta poſſunt ſcribere hæredes, p. 112. nu. 42.
coniugi licet coniugem pellicere ad propriam inſtitutionem, ibidem.
coniuges non poſſunt aliquid ſibi aſcribere in teſtamento coniugis, p. 115. a nu. 51. quod declara a nu. 53. cum ſeq.
coniux, cui teſtari permittitur, donare quoque inter viuos poteſt alteri coniugi, p. 225. nu. 9.
coniux donando coniugi bona ſua in eaſum, quo forent ex aliquo crimine confiſcanda, priuat fiſcum illo iure, pagina 227. num. 18. & pagina 228. num. 24.
coniunctus verbis tantum præfertur coniuncto re tantum, p. 341. nu. 8.
conquiſita quid ſit apud Luſitanos, & an licita ſit, p. 157. a nu. 19.
conſequente poſito ponitur antecedens neceſſarium, p. 145. num. 44.
conſequentia hæc valet, qui non poteſt omittere paternam hæreditatem, & amplecti pupillarem; non poterit amplecti paternam, & omittere pupillarem, p. 151. nu. 71. & quid in argumento affirmatiuo, ibidem, nu. 72.
conſtitutum fieri poteſt mandatario, dummodo in ipſum verba obligatiua, & executiua referantur, pag. 268. nu. 56.
contractus inſeri poſſunt teſtamento, & quomodo, p. 106. nu. 3.
contraria remedia non poteſt quis ſimul in iudicium deducere, p. 348. nu. 4.
conuentio, qua vitæ alienæ inſidiari poteſt, omnino improbatur, p. 107. nu. 11.
conuentio iſta, vt qui ſuperuixerit, alterius rebus potiatur, quomodo valere poſſit, p. 113. a nu. 46.
conuentio de certo hærede faciendo quoad ſocietatem; vel mandatum ſuſtinendum poſt mortem, non valet, p. 259. nu. 20. cum præced.
creditor pignus vendens poteſt cõuertere pretium etiã in debitum naturale, p. 164. a nu. 1. cum ſeqq. & an totum poſſit conuertere, p. 167. a nu. 16.
creditor pignus vendens in pretio redacto cenſetur debitor, p. 164. num. 3.
creditor pignus vendens ex pretio redacto non poteſt ſatisfacere diuerſo debito ciuili, pro quo datum non eſt, p. 166. nu. 10.
creditor pignoratitius habet actionem furti pro re pignorata, quam nunquam poſſedit, pag. 289. num. 23.
creditor tenetur cedere actiones fideiuſſori ſoluenti, & id petenti, aliàs repelletur exceptione, pag. 316. nu. 1.
creditor poteſt liberare vnum ex ſuis fideiuſſoribus, idq; non proderit alijs, p. 320. num. 17. & pag. 321. num. 22.
creditor tradens poſſeſſionem pignoratam per errorem debitori domino, poteſt repetere, pag. 325. num. 7.

D

DAmnatus ad mortem naturalem indiſtinctè fit ſeruus pœnæ. pag. 271. num. 9.
Damnatus. Vide, condemnatus.
datum per errorem, non cenſetur datum, pagina 76. num. 24.
debitor ſoluens poteſt commemorare cauſam, in quam ſolutum vult, p. 164. a num. 1.
decerpere quid ſignificet, pag. 309. num. 7.
decuriones non poſſunt in metallum damnari, vel ſimilibus pœnis affici incõſulto principe, p. 187. n. 15.
Delin-

INDEX.

Delinquit fortius, qui pecuniam dat ad fraudandum, quam qui accipit, pag. 41. nu. 33.
deportatio eſt mors ciuilis, pag. 224. num. 7. & pag. 230. num. 35.
deportatio de iure antiquo ſoluebat matrimonium, p. 230. nu. 35. & ſeq.
deportatus eſt incapax legati, & fideicommiſſi, pag. 196. num. 3.
deportatus ſibi acquirit poſt deportationem, pagina 227. num. 19.
deportatus capax eſt eorum, quæ acquiruntur de iure gentium, p. 292. nu. 5.
deportatus poteſt capere ex teſtamento militis, pag. 294. nu. 16.
deportatus attento iure gentium poteſt teſtari, pag. 296. nu. 28. non tamen in orbe Romano, vel vbi ſolennitas ciuilis ſeruatur, pag. 298. num. 38.
deportatus quos actus facere poſſit, pag. 297. nu. 31.
deportatus poteſt agere in iudicio pro actibus de iure gentium, ibid. num. 32. & omnes actiones pro contractibus de iure gentium ei competunt, ibid. & num. 33.
deportatus cur teſtari non poſſit de iure ciuili, p. 297. num. 34. de quo, vide pag. 298. nu. 40.
deportatus non habet hæredem etiam ab inteſtato, p. 298. num. 36.
deportatus non poteſt nubere de iure ciuili, pag. 298. num. 39.
deſeruire cadit in eum, qui ſeruire tenetur, pagina 157. num. 22.
dictio copulatina in legibus aliquando coniungit caſus in modo, & paritate deciſionis, non verò in modo decidendi, p. 5. nu. 18.
dictio, Itaq;, reducit in epilogum, quæ præcedunt, pag. 55. nu. 12.
dictio, in his, vel, huiuſmodi, refert ſequentem diſpoſitionem ad præcedentem, ibidem.
dictio taxatiua ſuapte natura, vel contrarium actum, vel ſaltem aliquid diſpoſitiuum operatur, pag. 59. num. 34.
dictio, nec, implicat caſus minus dubios, pag. 113. num. 46.
dictio, &, aliquando alternat, pag. 148. nu. 58.
dictio, maximè, implicat caſum magis dubium, pag. 150. nu. 66.
dictio, etiam, aliquando copulat, p. 168. nu. 19.
dictio, ex, cauſam proximam denotat, p. 213. nu 40.
dictio, ergo, illationem ſolam inducit, non comparationem, p. 243. nu. 2.
dies natiuitatis incertus eſt, p. 133. nu. 47.
dies pubertatis olim erat incerta, p. 246. nu. 20.
dilatio ſecundarum tabularum non immutat ius neceſſarij hæredis, p. 148. nu. 61.
diuiſio partium in ſocietate in dubio fit æqualis geometrice, p. 18. nu. 17.
diuiſio pro rata, vel in partes æquales eſt diuerſa, pag. 167. nu. 17. ad fin.
diuiſionis beneficium competit fideiuſſoribus in ſolidum obligatis, pag. 318. num. 12.
diuiſionis beneficium competit etiam primis fideiuſſoribus reſpectu eorum, qui ex interuallo additi ſunt, ibid. nu. 13. quod tamen limita, quando minor fideiuſſit ex interuallo, creditore ignorante ætatem, ibidem, nu. 14.
diuortium bona gratia factum non eſt legibus improbatum, p. 230. nu. 34.
dolo non caret, qui proprium honorem omittit, pag. 38. num. 17.
dolo facit, qui cum poſſit, omittit tamen poſſidere, quando locum habeat, p. 43. nu. 42.
dolus autoris quando obſit ſucceſſori, p. 46. nu. 48.
dominus, cui proprius ſeruus ſubſtituitur, poteſt vel ex inſtitutione, vel ex ſubſtitutione libere adire, p. 38. nu. 16. & nu. 18.
dominus qui ſeruo proprio inſtituto ſubſtitutus eſt, poteſt libere ex ſubſtitutione adire, p. 38. nu. 17.
dominus, qui omiſſa aditione ex perſona ſerui inſtituti ab inteſtato ſuccedit, incidit in edictum, ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, p. 38. nu. 19.
dominus aßumens ſeruam in vxorem de iure ciuili manumittit, p. 100. num. 13. & quid attento iure canonico, p. 104. nu. 28.
dominus poteſt habere ſeruam concubinam, nec videtur propterea libertatem donaſſe, pag. 100. num. 14.
dominus poteſt alienare ſuam ſeruam concubinam, p. 102. nu. 22. & p. 103. nu. 26.
dominij translatio etiam momentanea in iure conſideratur, p. 265. num. 45.
dominium naturale, & ciuile in quo differant, pagina 289. num. 27.
donata per principem filiofam. an ita acquirantur, vt de iis poſſit teſtari? p. 52. a num. 1. & pag. 53. a num. 3.
donata per principem filiofam. cenſentur ad inſtar peculij caſtrenſis, p. 52. nu 2.
donata a principe eo ipſo plenam proprietatem tribuunt filiofam. donatario, p. 55. nu. 16.
donata per principem filiofam. a parte rei ſunt bona aduentitia, p. 55. nu. 17. & cur dicantur quaſi caſtrenſia, ibidem.
donatio priuati facta filiofam. non aliter efficit proprium filijfam. quam ſi exprimatur, pagina 55. num. 16.
donatio cauſa mortis olim non valebat nudo pacto, p. 114. nu. 49. ſecus attento iure Codicis, ibid.
donatio cauſa mortis per pœnam capitalem extinguitur, p. 224. nu. 2. declarabis, p. 227. nu. 16.
donatio ſimplex inter coniuges redacta eſt ad naturam donationum cauſa mortis, p. 224. nu. 8.
donatio cauſa mortis ſemper valuit inter coniuges, ibidem.
donatio ſimplex inter coniuges ſubiacet falcidiæ, pag. 224. num. 8.
donationis coniugalis ratione poteſt in teſtamento fideicommitti, ibidem.

Donatio inter coniuges tempore Vlp. incepit valere. pag. 225. nu. 10.
donatio coniugalis, vt aliàs inter viuos facta non adimitur ſecuta publicatione bonorum donatoris, p. 225. nu. 11. declara tamen, nu. 12.
donatio coniugalis conſtituit tertiam ſpeciem, p. 226. num. 13.
donatio cauſa mortis inter coniuges habet vim donationis coniugalis inter viuos, p. 226. num. 14. declara tamen, p. 228. nu. 22.
donatio inter coniuges cauſa mortis facta confirmatur per deportationem donatoris, cum poteſtate tamen reuocandi vſq; ad mortem, p. 227. nu. 17. declara, p. 228. nu. 22.
donatio inter coniuges requirit traditionem, p. 228. num 23.
donatio inter coniuges collata in cauſam deportationis donatoris valida eſt, p. 223. nu. 1. & p. 228. nu. 24. & p. 230. nu. 34. & p. 231. nu. 39.
donatio in caſum diuortij bona gratia facti valet. ibid.
donatio coniugalis collata in caſum relegationis, ſecuta relegatione, & bonis ſpecialiter confiſcatis, irritatur, p. 229. nu. 32. & p. 231. nu. 38.
donatio cauſa mortis requirebat olim traditionem, p. 263. nu. 33.
donatum poſt mortem donatoris recipiendum, donatum cenſetur cauſa mortis, p. 225. nu. 10.
dos à patre promiſſa, vel à Iudice aſſignata, eſt loco æris alieni, p. 89. nu. 16.
dos regulatur ſecundum dignitatem patris, facultates, & numerum liberorum tempore nuptiarum, pag. 90. nu. 19.
dubitans, & errans æquiparantur in iure, p. 127. n. 12.
duo, pluresue an poſſint ſe inuicem in eadem charta ſcribere hæredes, p. 116. a nu. 57.

E

EAdem res vni ex teſtamento, alteri ab inteſtato relicta, ſi cauſa teſtamenti fraudulenter omittatur, integra res legatario teſtamentario debetur, pag. 41. nu. 36. cum ſeq.
Edictum, ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, indiſtincte locum habet, quando pater, vel dominus ab inteſtato acceptant omiſſam hæreditatem ex inſtitutione filij, vel ſerui, p. 37. nu. 14.
edictum, ſi quis omiſſa, &c. vbi locum habet, ſemper præfert legata relicta ex cauſa omiſſa, pag. 39. nume. 26.
edictum, ſi quis omiſſa, &c. an, & quando hodie locum habeat, p. 49. a nu. 65.
edictum, ſi quis omiſſa, & c. in quibus terminis locum habeat, p. 49. num. 66. & ſemper requiritur animus fraudandi, ibid. & p. 36. nu. 7.
edictum, ſi quis omiſſa, &c. tunc competit contra poſſidentem, quando poſſidet vt hæres, vel vt prædo. p. 65. nu 64.
edictum, ſi quis omiſſa, &c. habet etiam locum, quando ab inteſtatò fideicommiſſa relinquuntur, & ſuus præteritus petit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, p. 241. nu. 33.
edictum, de teſtando eſt prohibitorium, p. 60. nu. 34.
edictum de collatione bonorum in qua ratione fundabatur, p. 248 nu. 31.
edictum de collatione bonorum an hodie ſubſiſtat, remiſſiue, p. 249. nu. 33.
effectus neceſſario reſultantes ab actibus liberis, & voluntarijs, non ſunt dicendi ſimpliciter neceſſarij, p. 281. num. 32.
electio non niſi ex pluribus fit, p. 91. n. 2.
emancipatio, licet extraneum faciat, non tamen tollit affectionem naturalem, p. 31. nu. 19.
emancipatio quo modo olim fiebat, p. 350. nu. 14.
emancipati cur capite minuti dicebantur, ibidem.
emancipato filio poteſt aſſignari libertus, p. 92. a nu. 6. vide omnino, nu. 8. ibidem.
emancipatus de iure ciuili non admittitur ad bona libertorum, p. 92. nu. 5. & quid de iure prætorio, ibidem, nu. 6.
emancipatus ſuccedit cum legitimis ad bona libertorum, p. 97. nu. 27.
emancipatus præteritus etiam hodie ſolum habet bonorum poſſeſſionem contra tabul. p. 234. nu. 12.
emancipatus volens ſuccedere patri naturali tenetur conferre ſuis quartam Diui Pij, pag. 248. num. 30. cum ſeq.
emphyteutici iuris translatio, vt valida ſit, requirit domini certiorationem, p. 327. nu. 15.
emphyteuta nominationis, ſi nominat reſeruando ſibi vſumfructum, totum ius emphyteuticum transfert. p. 326. nu. 10. & nu. 12. cum ſeq.
Epiſtola, in qua quis alicui donat, & poſt mortem aperiri iubet, fideicommiſſum continet, pag. 263. num. 35.
errans, & dubitans æquiparantur quoad effectus iuris, pag. 127. nu. 12.
error in coniunctione ciuili, & naturali æquiparatur, pag. 80. nu. 44.
euictio non poteſt per conuentionem remitti reſpectu pretij dati, ſed reſpectu intereſſe, p. 260. nu. 24.
ex qua perſona lucrum capimus, eius factum præſtare debemus, quomodo accipi debeat, p. 46. nu. 47.
exceptio rei venditæ non datur, niſi probetur ſolutio pretij, pag. 180. nu. 16.
exceptio ſpeciei ſub certo modo concepta firmat regulam in contrarium reſpectu generis, & reſpectu ſpeciei ſub alio modo conſideratæ, p. 284. nu. 1.
exceptio dominij non poteſt opponi ab eo, qui vitioſe nactus eſt poſſeſſionem, p. 324. nu. 3.
excluſio vnius, quando ſit incluſio alterius, pag. 310. nume. 12.
exhæredatio in dubio non tollit aſſignationem liberti factam, p. 94. nu. 16. & ſeq.
exhæredatio ſolum excludit generalem ſucceſſionem, ibidem.
exhæredatio non recte facta adhuc hodie eſt valida, & parit

parit

parit tantùm querelam inofficioſi, p. 95. nu. 17.

Exhæredatio non notæ cauſa nullatenus officit, pag. 95 num. 19.

exhæredatio non tollit patriam poteſtatem, pag. 282. nume. 36.

exhæredatio ſuſtinetur, dum pro aliqua parte teſtamentum tenet, p. 277. nu. 11.

exhæredatio filij, nunquam ei obeſt, ad fideicommiſſi petitionem, quod incipit in perſona filiorum, p. 278. nu. 16. & nu. 18.

exhæredatus nullo modo poteſt habere bonorum poſſeſſionem contra tabul. p. 234. nu. 8.

exhæredatus non reputatur ſimpliciter mortuus. pag. 278. nu. 15.

exhæredatus à patre non ſuccedit libertis auitis, nec in auito iure patronatus, ibid. nu. 16.

exhæredatus excluditur a fideicommiſſo, vel maioratu, qui iure hæreditario defertur, p. 279. nu. 19.

exhæredatus, vide, filius.

exiſtẽtia ſui hæredis confirmat tabulas pupillares, pag. 137. nu. 2. & reliqua omnia, quæ a teſtamento, & ab hæredis obligatione pendent, p. 146. num. 48. & p. 315. nu. 21.

extraneus manumiſſor efficiebatur olim legitimus tutor impuberis, non verò pater naturalis, pag. 352. num. 21.

F

FActio teſtamenti cur dicatur iuris publici, pagina, 299. num. 44.

Facultas reuocandæ diſpoſitionis an amittatur ex delicto diſponentis, p. 229. nu. 30.

fœtus animalium ſequuntur conditionem matris, pag. 220. nu. 79. ante finem.

fœtus animalium ſubreptorum conceptus apud furem non fit bonæ fidei poſſeſſoris poſtea editus, pag. 220. num. 80.

falcidia olim poterat compenſari cum debito hæredis, ſi teſtator declaraſſet, p. 86. a nu. 2.

falſum quid dicatur, p. 160. nu. 12. & nu. 16. ad fin.

ficta perſona, quæ in hæreditate iacente conſideratur, cur introducta, p. 120. nu. 16.

fictio declaratiua non requirit habilitatem extremorum, p. 66. num. 65.

fictio duplex inuenitur in hæreditate, p. 120. nu. 15.

fictio tranſlatitia verſatur circa eos, qui ſunt in vtero, pag. 120 nu. 19.

fideicommiſſum, vt quis ſibi aliquem hæredem faciat, olim inutile erat, p. 2. num. 3. & ſeq. & qua ratione conualuit, p. 3. nu. 9. & quid ad eius validitatem Senatus egit, ibid. num. 10. & p. 6. nu. 23. & de rigore inuoluebat bona teſtatoris, & hæredis, pag. 3. nu. 11. & erat inutile, & indigebat interpretatione Senatus, quamuis onus inſtituendi eſſet in quota hæreditatis, p. 5. nu. 20.

fideicommiſſum, ne quis teſtamentum faceret, erat inutile, & indigebat Senatus interpretatione, pag. 3. num. 12.

fideicommiſſum, vt hæres reſtitueret partem hæreditatis ſuæ ſemper valuit, pag. 4. nu. 14. & ſeqq. vel ſi dicat, totam hæreditatem reſtitue, pag. 7. num. 26.

fideicommiſſum, vt hæres reſtituat hæreditatem alicuius, quæ ad ipſum aliunde peruenit, valet. pag. 5. num. 17.

fideicommiſſum, vt quis alij leget, fideicommiſſum relinquat, vel libertatem adſcribat, fuit inutile, & indiguit interpretatione Senatus, p. 5. nu. 19.

fideicommiſſum a patre impoſitum pupillo poſt mortem, vel eius hæredibus, multum inter ſe differt, pag. 7. num. 30.

fideicommiſſum, vt hæres faciat aliquem cohæredem filijs ſuis, ſemper intelligitur (poſt interpretationem Senatus) de bonis grauati, p. 6. nu. 24.

fideicommiſſum implendum poſt mortem alicuius vi ipſa obligat principaliter eius hæredes, p. 8. n. 30

fideicommiſſum, vt quis faciat aliquem hæredem in bonis tantum fideicommittentis non valet citra interpretationem Senatus, p. 11. nu. 41.

fideicommiſſum à milite impoſitum hæredi ſuo, vt aliquem faciat hæredem, valet iure militari, p. 12. nu. 42. cum ſeqq.

fideicommiſſum generaliter ab inteſtato relictum debetur etiam à filio præterito, pag. 241. numero 34.

fideicommiſſum ab aliqua perſona, vel gradu nominatim relictum ab alijs non debetur, ibidem, ad finem.

fideicommiſſum in caſum alienationis extra familiam, aperitur, ſi res prohibita extero legetur, p. 276. nu. 5. & tunc omnes de familia in pari gradu ſuccedunt, ibid. num. 6.

fideicommiſſum, quo quis rogatur de reſtituendo familiæ, vel vni ex familia, facta reſtitutione perit, & res efficitur propria fideicommiſſarij; & de ea ſimpliciter rogari à quolibet poteſt, pag. 280. num. 29.

fideicommiſſum aquæ quid importet, pag. 306. nu. 14. & in quo differat ab vſu aquæ legato, ibidem, num. 16.

fideicommiſſum perpetuum; vide, Maioratus.

fideicommittere ab inteſtato poteſt, qui & teſtari, p. 65. num. 61.

fideiuſſorum multitudo in fauorem creditoris in dubio fit, p. 319. nu. 15.

fideiuſſore vno per pactum liberato reliquis nulla naſcitur exceptio, p. 320. nu. 17.

fideiuſſorum obligatio non diuiditur ipſo iure ex epiſtola Diui Adriani, p. 319. nu. 15.

filijsfam. habentibus peculia quaſi caſtrenſia non permittebatur generaliter de iiſdem teſtari, pag. 53. nu. 7. & ſeq.

filiofam. milite inteſtato decedente pater admittebatur excluſo nepote, p. 64. nu. 54. idem intellige de bonis quaſi caſtrenſibus, ibidem.

filio præterito in poteſtate contratabulante ſuſtinetur

Digitized by Google

tur teſtamentum, pagina 235. nume 15.

Filio emancipato, & alio in poteſtate præteritis, ſi ſuus petat bonorum poſſeſſionẽ contra tab. etiam emancipatus illam habet, quin legasa vult præſtet, p. 237. nu. 20. ſecus ſi emancipatus fuerit inſtitutus, & commiſſo edicto contratabulet, ibidem, nu. 21.

filio præterito teſtamentum annullante non aperitur edictum contra tab. alteri fratri inſtituto, pag. 234. num. 10. ſecus ſi præteritus abſtineat, ibid. num. 11.

filio in poteſtate in re certa inſtituto teſtamentum olim nullum erat, p. 258. n. 17.

filio legari pure non poteſt, quando pater eius eſt hæres ſcriptus. p. 313. nu. 14.

filius naturalis hominis plebei apud Luſitanos eſt in eiuſdem poteſtate, p. 31. num. 23. latè, pag. 96. à num. 22.

filius naturalis hominis plebei ſuccedit cum legitimis apud Luſitanos, p. 68. nu. 75.

filiusfam. ex ſua perſona capacitatem habet acquirendi, pag. 46. nu. 50.

filiusfam. patri acquirebat. ibidem.

filiusfam. non poteſt teſtari, pag. 53. num. 4. & pag. 59. num. 31.

filiusfam. vt teſtari poſſit de peculio quaſi caſtrenſi, qua requirantur, p. 54. nu. 11. cum ſeqq.

filiusfam. clericus poteſt teſtari de bonis acquiſitis ex miniſterio eccleſiaſtico, vel occaſione ipſius, pag. 56. num. 19.

filiusfam. aduocatus poteſt teſtari de ijs, quæ percipit ex officio ſuo, quamuis ſalarium non ſit de publico, p. 56. nu. 20. & p 37. nu. 28.

filiusfam. ſilentiarius, vel palatinus quidquid acquirit in palatio ex parcimonia, vel ex dono principis ſuum facit, & de eo poteſt teſtari, p. 56. nu. 21. & p. 57. num. 22.

filiusfam. ſcriniarius, exceptor & ſimilis, qui in officio principis meretur peculium quaſi caſtrenſe, de eo poteſt teſtari, p. 57. nu. 23.

filiusfam. Doctor de acquiſitis ex Doctoratu, vel occaſione ipſius poteſt teſtari, p. 57. nu. 24.

filiusfam. medicus poteſt teſtari de ijs, quæ acquirit ex ſuo officio, vel occaſione ipſius, p. 57. nu. 25.

filiusfam. nec poteſt teſtari de bonis, in quibus patri vſusfructus non acquiritur, p. 59. nu. 30.

filiusfam. poteſt habere ſimul caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe peculium, p. 62. nu. 46.

filiusfam. de iure recentiore habet hæredem ab inteſtato in bonis caſtrenſibus, vel quaſi, & in bonis aduentitijs, p. 63. nu. 51. cum ſeq.

filiusfam. de rigore ſicut non poterat facere hæredem ex teſtamento, ita nec ab inteſtato habere poterat, p. 63. num. 52.

filiusfam. poteſt rogare patrem, vt hæredem ab inteſtato ſuper peculio caſtrenſi, vel quaſi, pag. 65. num. 60.

filiusfam. non poteſt rogare patrem (qui hodie ab inteſtato hæres eſt) ſuper bonis aduentitijs, pag. 65. num. 61.

filiusfam. miles veteranus debet inſtituere parentes in caſtrenſibus, p. 69. nu. 78. ſecus ſi in expeditione ſit. ibidem.

filius incapax non obſtat ſequentibus in gradu, p. 72. nu. 8. & p. 73. nu. 9.

filius non imputat in Trebellianicam fructus perceptos poſt mortem patris, p. 89. nu. 14.

filius naturalis ius patronatus paternum conſequitur, ſi ab inteſtato patri ſuccedit, p. 96. nu. 24.

filius quando potius diſpenſatus, quam legitimatus, pag. 96. num. 25.

filius naturalis diſpenſatus ſuccedit in iure patronatus paterno, ibidem.

filius diſpenſatus quando ſuccedit, vt legitimatus ſuccedit, ibidem.

filius poteſt eſſe quis, & ſeruus, p. 108. nu. 20.

filiusfam. adiens iuſſu patris, qui eo tempore mortuus eſt, ſibi acquirit, p. 127. nu. 12.

filiusfam. dubitans de ſua conditione adire poteſt, & ſibi acquirit, ſi pater eſt mortuus, ibidem.

filius ſuus hæres poteſt abſtinere hæreditate paterna, in qua ſolus inſtitutus eſt, & amplecti pupillarem fratris exhæredati, p. 144. nu. 42. vel è conuerſo, p. 150. nu. 69. & nu. 70.

filius inſtitutus accipiens nummos ab ſtatulibero implendæ conditionis cauſa, quando cenſeatur pro hærede gerere in hæreditate paterna, qua ſe abſtinuit, p. 147. à nu. 51.

filius in poteſtate ſubſtitutus fratri impuberi, fit ſuus, & neceſſarius hæres, pag. 141. num. 29. & nume. 33.

filius olim excludebat matrem in ſucceſſione fratris inteſtati, p. 142. nu. 36.

filius ſuus præteritus contratabulans nulli legata præſtat, p. 236. nu. 19.

filius ſuus, vel emancipatus inſtitutus, ſi velit vti iudicio teſtatoris, quamuis per alium committatur edictum, nihilominus omnibus præſtabit legata, p. 238. à nu. 23. quomodo autem dicatur agnoviſſe iudicium teſtatoris, vide nu. 25.

filius ſuus præteritus petens bonorum poſſeſſionem contratab. ſoluit indiſtincte legata, & fideicommiſſa, ſi ab inteſtato ſint repetita, p. 241. num. 32. idem, ſi dumtaxat fuerint ab inteſtato relicta, ibidem, num. 33.

filius ſuus præteritus non poteſt nominatim grauari onere fideicommiſſi, p. 241. nu. 34.

filius inique exhæredatus non ſoluit fideicommiſſa ab inteſtato generaliter relicta, p. 242. nu. 35.

filius inſtitutus ſub conditione poteſtatiua, ſi culpa ſua non impleat, etiam ab inteſtato remouetur, p. 254. num. 21.

filius ſeruus pœna factus poſtea reſtitutus admittitur ad legitimam hæreditatem matris, & ad bonorum poſſeſſionem contra tabul. patris, pa. 270. nume. 2. ſecus ſi fiat ſeruus hominis, & po-

ſtea

Digitized by Google

INDEX.

ſlea manumiſſus, pag.272.num.16.quod declara, pag. 273.nu. 20.

filius natus ſeruus, & poſtea per manumiſſionem libertinus factus, ſi natalibus reſtituatur, non ſuccedit parentibus ſuis, nec è contra parentes ei ſuccedunt, p.273.nu. 23.

f emancipatus in familia patris eſt, pag.281.n. 34.

non dicitur de familia matris, p.281.nu.34.

us ſuus hæres per abſtenſionem reducitur ad inſtar extranei, p. 313.num.11.

filius patris originem regulariter ſequitur, pag. 338. num. 19.

filius inter emancipandum, dum erat apud fiduciarium emptorem, non eſt ſuus, nec emancipatus, pag. 351.num. 15.

filius contracta fiducia emancipatus fiebat olim ſeruus patris, & manumittebatur ad inſtar ſerui, pag. 351. nu. 19.

filiusfam. paganus olim in caſu ſingulari habebat hæredem ab inteſtato, p. 352. num.23.

filius olim inter emancipandum præteritus rumpebat teſtamentum agnatione, p.351.nu.15.

fiſcus auferens bona damnati fideicommiſſaria pro vita illius fruitur, p. 83.nu. 62.

flamẽ Dialis quomodo olim exibat patria poteſtate; & alia circa illius ritus, p. 349.num.5.cum ſeq.

frater eſt nomen relatiuum ad fratrem, p. 28.nu. 8.

fraus in actibus variabilibus magis inſpicitur, pagina 107.nu.8.

fraus, & fides in eadem materia verſantur, ibidem.

fructibus maturis traditis cum fundo, & a marito collectis, ſi eundem fundũ colat, & matrimonium ſoluatur, antequam ſecundos fructus percipiat, nihil ex illis ſuum facit, p. 26. a nu.46.

fructus ciuiles qui dicantur, p.15. nu. 1.

fructus etiam ciuiles inter virum, & vxorem diuiduntur habita ratione temporis præcedentis in matrimonio, p.15.num.2. cum ſeqq. quod declara, num. 8. & num. 32.

fructus collecti a viro tempore inchoati matrimonij correſpondent toti illi anno, p. 16. nu.7.

fructus collecti a rebus dotalibus fiunt mariti, pag. 15. num. 2.

fructus, qui bis in anno naſcuntur pro ſingulis ſemeſtribus fiunt mariti, p.21. nu.25.

fructus, qui vere ſunt eiuſdem anni, indiſtincte fiunt mariti pro rata temporis, quo conſtitit matrimonium, p. 22. nu. 29.

fructus binos naturales perceptos a marito in vno anno an ſuos faciat tranſacto ſolo illo anno in matrimonio, p.22. nu. 33.cum ſeqq. & nu. 44.

fructus tunc dicuntur mariti, cum ſunt percepti, pag. 24. num. 40.

fructus naturales, & ciuiles, quando in eodem anno concurrunt, qui a parte rei ſunt diuerſorum annorum; ciuiles tunc incipiunt venire in partitionem pro parte mariti, poſtquam percepti ſunt iuris cenſura, p.16. nu. 8. & pag.22.num. 30. & pag. 24. num. 40. & vtriq; tunc cenſentur eiuſdem anni, p. 17. nu. 13. & num. 14.

fructus inter virum, & vxorem ratione temporis, quo curantur, p. 21. num. 24.

fructus, & vſusfructus pro eodem multoties ſumuntur, pag. 84. num. 64.

fructus iudicio teſtatoris percepti in quartam Trebellianicam imputantur, p. 87. nu.7. & qui excedunt, ſunt lucro hæredis, ibidem.

fructus percepti poſt mortem teſtatoris non proficiunt legatarijs, p. 88. num.10.

fructus percepti poſt mortem teſtatoris, cedunt, & imputari debent doti conſtituendæ, p. 89. nu. 17.

fructus, qui fiunt bonæ fidei poſſeſſoris, vſucapi non poſſunt, pag. 218. a nu. 65. nec etiam quoad irreuocabilitatem, ibidem. num. 71. ſecurus tamen eſt bonæ fidei poſſeſſor per conſumptionem, ibidem.

fructus per ſe conſiderati poſſunt vſucapi, pag. 219. num. 74. & ſeq.

fructus pendentes in re furtiua apud furem, vel eius hæredem, furtiui ſunt, p. 220. num. 79. quid dicendum, de lana, lacte, & pilo? p. 221.num. 81.

fructus incepti apud bonæ fidei poſſeſſorem rei furtiuæ, fiunt poſſeſſoris, p. 221. num.82.

fructuarius: vide vſufructuarius.

fundamentum ſententiæ, & fundamentum cauſæ in quo differant, p. 187. nu.14.

fundo ſeruiente diuiſo per latitudinem via, an ſeruitus via extinguatur? p. 309. a nu. 8. quod declara. p.310. nu. 13. cum ſeq.

fundo, & inſtrumento, vel fundo inſtructo legato, ſi fundus alienetur a teſtatore, poteſt deberi inſtrumentum; regulariter tamen non debetur, pag. 336. num.10. & ſeq.

fundus inſtructus quomodo accipiatur, p. 337. nu. 11.

fur ſemper eſt in actu furandi, dum non reſtituit, pag. 206. num. 12.

furtiua aliquando res datur, quin competat actio furti, pag. 208. num. 20.

furtum committitur rei in mare proiectæ leuandæ nauis cauſa, p. 285. num. 5.

furtum eſt prohibitum de iure naturali, p. 285.nu.7.

furtum non committitur niſi contra perſonam veram, pag. 286.num. 8.

furtum non fit hæreditati iacenti, ibidem.

furtum etiam ſolius poſſeſſionis, & detentionis fit. ibidem, num. 9.

furtum non datur in re a nemine poſſeſſa, vel cuius dominium apud aliquem non ſit. p. 287. nu. 18.

furtum fit contra vnum in re ab alio poſſeſſa, pagina 289. num. 23.

furtum committitur ratione iuris pignoratitij, ibid.

furtum non fit rei hæreditariæ etiam ignorante fure. pag. 289. num. 26. quamuis hæres iam adiuiſſet, dummodo poſſeſſionem adeptus non eſſet, ibidem, num. 27. declaratur, pagina 290. num. 30. & num. 31.

Gene-

I N D E X:

G

Genericum legatum inuoluit electionem, pag. 328 num. 2. & cui competat electio generis, ibidem. num. 3. & ante electionem tranſmittitur, pag. 329. num. 7. & in eo mediocre eligendum eſt, ibid. nu. 8. & nu. 10. & ſi generice ſeruo alicuius legetur, domino competit electio, pag. 331. num. 21. cum ſeqq.

Grauatus eligere, & ſeruus pœnæ effectus, & iterum reſtitutus, poteſt eligere, p. 271. num. 11.

grauatus reſtituere ei, qui eſt in vtero, facto abortu ſibi retinet, p. 133. nu. 47.

grauatus reſtituere vni ex familia poteſt rogare ſucceſſorem de familia, vt rem illam alicui extraneo præſtet, p. 280. num. 29.

grauatus ne rem extra familiam alienet, non poteſt rogare hæredem, vt extraneo præſtet, immò aperitur fideicommiſſum omnibus de familia, ibidem, nu. 30.

grauatus de non alienando extra familiam, nec per tempus vitæ ſuæ poteſt extra familiam alienare, pag. 281. nu. 33. cum præced.

H

Hæreditarius ſeruus eſſe deſinit poſt aditam hæreditatem, pag. 118. num. 5.

hæreditariæ res nullius in bonis ſunt, p. 286. nu. 8.

hæreditariæ rei furtum an fiat, & quando: vide furtum.

hæreditas iacens non poteſt hæres ſcribi, pag. 122. num. 28.

hæreditas ex vi ſuitatis tranſmiſſa non portat ſecum ius abſtinendi, niſi in hæredes quoque ſuos tranſeat, p. 139. nu. 18. & vt quæſita tranſit, ibid.

hæreditas pupilli viuentis tranſmittitur ab eo, qui hæres fuerat in paterno teſtamento, p. 148. nu. 61.

hæreditas pupillaris viuo pupillo poteſt vendi à ſubſtituto, qui hæres etiam patris fuerat, pagina 150. a num. 66.

hæreditas viuentis non poteſt vendi, pag. 150. nu. 68.

hæreditas agnita fit omnino patrimonium agnoſcentis, pag. 143. nu. 37.

hæres hæredis poteſt principaliter grauari, p. 8. nu. 31.

hæres hæredis ſi poteſt grauari, a fortiori poterit primus hæres, ibid. nu. 32. & quando hoc argumentum non procedat, ibidem, nu. 33.

hæres inſtitutus in re certa, detracta rei mentione fit hæres in ſolidum, quamuis habeat cohæredem vniuerſalem, qui tamen omittat hæreditatem, pag. 12. num. 41.

hæres inſtitutus in re certa dato cohærede vniuerſali, qui acceptet hæreditatem, manet loco legatarij, vel fideicommiſſarij, ibidem.

hæres inſtituens, & poſtea tanquam ab inteſtato in codicillis grauatus, ſi omittit cauſam teſtamenti, incidit in edictum, ſiquis omiſſa, &c. pag. 38. a num. 21. declara, pag. 39. num. 24. quid ſi eodem antiquo, & nouo onere grauetur, pag. 48. nu. 60. cum ſeq.

hæres, qui accepto pretio omittit hæreditatem ab alio adeundam, incidit in edictum ſiquis omiſſa, &c. & quomodo conueniri debeat, p. 40. num. 31. & p. 41. nu. 32. cum ſeqq.

hæres, qui bona fide ex ſubſtitutione, vel ab inteſtato acquirit hæreditatem ab alio fraudulenter omiſſam, non tenetur niſi ad præſtationem eorum, quæ ab ipſo relinquuntur, pag. 44. nu. 44.

hæres omittens hæreditatem pretio accepto adhuc poſſidere creditur, p. 41. nu. 32.

hæres omittens ex teſtamento, & ab inteſtato poſſidens hæreditatem, dolo feciſſe in dubio præſumitur, p. 48. num. 62.

hæres hæredis antiquo teſtatori fit hæres, p. 68. nu. 73.

hærede non vindicante mortem defuncti, fiſcus aufert, p. 73. num. 11. quæ pœna non viget de conſuetudine, ibid. num. 12. conſuetudo tamen damnatur, ibidem.

hæres vindicans mortem defuncti dicitur iuſtitiæ executor, pag. 73. nu. 12.

hæres non vindicans mortem defuncti non dicitur remittere, ſed omittere iniuriam, ibid.

hæres inſtitutus per metum alicuius tertij an fiſco acquirat? latè, p. 74. a nu. 14. & p. 76. nu. 27.

hæres tacitè rogatus de reſtituendo propria bona incapaci, non incidit in pœnam, p. 73. nu. 10.

hæreditas perueniens ad hæredem creditorem cenſetur illi ſoluere, & deminuta iam perueniſſe, pag. 88. num. 11.

hæredis nomen declarari debet a teſtibus in ſuis ſubſcriptionibus, vel ab alio ex iuſſu teſtatoris, quando teſtator ſcribere neſcit, p. 109. nu. 22.

hæres ab inteſtato ſolus veniens poteſt citra Liboniani pœnam ſeſcribere hæredem, p. 115. nu. 54.

hæres adiens a tempore mortis adiiſſe creditur; & cur? pag. 120. nu. 16.

hæres in teſtamento paterno, & pupillariter ſubſtitutus non poteſt agnoſcere paternam, & omittere pupillarem hæreditatem, p. 148. nu. 60.

hæres vitiorum defuncti ſucceſſor eſt, p. 207. nu. 17.

hæres rogatus, vt vni ex liberis reſtituat; ſi ſeruus pœnæ fiat, nullo ante concepto filio ſine liberis creditur deceſſiſſe, & amplius non poteſt eligere, etiam reſtitutus, pag. 270. a num. 1. declara. pag. 271. nu. 10.

hæres an poſſit venire contra alienationem rei alienari prohibitæ, p. 275. a nu. 1.

hæres conſentire creditur alienationi factæ per defunctum, reſpectu bonorum, de quibus libere poteſt diſponere, ibid. nu. 3.

hæres alienantis poteſt reuocare alienationem rei alienari prohibitæ. quamuis alienans priuetur iure maioratus, vel fideicommiſſi, p. 275. nu. 3.

hæres vt hæres ſuccedens, eodem iure cenſetur, quo defunctus, ibid. prope fin.

hæres

INDEX.

Hæres conſentiens alienationi rei alienari prohibitæ poſtea non admittitur ad vendicationem eiuſdẽ. pag. 278.nu.20. & p. 280. nu.28.

hæres ab inteſtato etiam de iure gentium fieri poteſt, pag.299.nu.47.

homini libero redempto ab hoſtibus poteſt legare redemptor ius quod habet recipiendi pretij, pag. 32. num. 26.

homo liber redemptus ab hoſtibus interim dum pretium non ſoluit, eſt in poteſtate redemptoris, pag. 31. num.24. & quæ ſit iſta poteſtas, pag. 32. nu. 25. & ſeq.

homo liber non poteſt alicuius fieri, p. 99.nu.1.

homo liber non poſſidetur, ibid.

homo liber bona fide poſſeſſus extra operam ſuam, & rem domini putatiui, ſibi tantum acquirit, pag. 125.num. 2.

homo liber bona fide poſſeſſus eſt capax obligationis, & poteſt etiam domino putatiuo ciuiliter obligari.

homo liber bona fide poſſeſſus inſtitutus, quomodo & quando acquirat domino putatiuo: vide ſeruus putatiuus.

I

IGnorantia mandatarij exequentis mandatum poſt mortem mandantis parit actionem mandati, pag. 258. num. 16.

Immixtio in ſuis hæredibus eſt neceſſaria creditoribus propter ius abſtinendi, p.139.nu.15.

immutabilitatem teſtamentorum leges ſuadent, pag. 107. num. 9.

Imperatoris mentione quoad varios effectus comprehenditur etiam Rex, Dux, & ſimiles, qui non recognoſcunt ſuperiorem, p. 61.nu.42.

Imperatricis mentione aliquando Regina, & ſimiles continentur, ibidem.

impubes poteſt nubere malitia ſupplente ætatem, pag. 141. num. 31.

impubes aliquando generare poteſt, ibidem.

impuberi poteſt ſubſtitui pupillariter filius eius, ibid.

incapax non acquirit fiſco, pag. 72.nu.8.

incapax pro mortuo reputatur, ibid.

inceſtus clandeſtinus grauius punitur, quam publicus, pag. 101.num.17.

indignus facit locum fiſco, p. 72. num.7.

indignus reſpectu alicuius tertij acquirit tertio, non fiſco, p. 76. num. 26.

indignus, vt quis ſit, & ab eo auferatur, requiritur ſententia, p. 83. nu.57.

indigni actiones fiſco competunt, pag. 83.nu.63.

indignus hæres efficitur, ſi ſalutem neglexit teſtatoris, pag. 84. num.71.

indignus verè etiam ex facto, & delicto alieno acquirit fiſco, p.77.nu.30. & p.79. a nu. 39. & pag. 81. a nu. 48.

indignus, & damnatus, ſiue proſcriptus, in quo differant, pagina 82. num. 51.

ingenuus homo non fit hodie ſeruus pœna, p.271. nu. 7. declara, num.8.

ingenuus homo ſeruus hominis factus, & poſtea manumiſſus manet Libertinus, p.272. nu. 15.

ingenuus homo ſeruus hominis factus, poſtea manumiſſus non recipit cognationem, nec ſuccedit cognatis, p.272.nu.17. declara p. 273.nu.21.

ingenua mulier regulariter concubina eſſe non poterat, pag. 340. num. 4. Limita in caſibus, de quibus, ibidem.

ingratitudo in teſtatoris vita commiſſa reuocat legatum; illo verò mortuo defert fiſco, pag. 111. num. 32.

inſtitutio facta per errorem eſt nullius momenti, ac ſi facta non eſſet, p. 77. nu. 30.

inſtitutio filij, qui apparet ſuppoſitus, vel inſtitutio fratris, qui apparet non frater, ipſo iure nulla eſt, pag.79. nu.41.

inſtitutio filij adoptati, qui rite adoptatus non fuit, ipſo iure nulla eſt, p. 80.nu.43.

inſtitutio filij ſpurij non facit locum fiſco, p. 73. nu.9.

inſtitutione ſic facta, vter ex fratribus meis conſobrinam vxorem duxerit, ex dodrante, qui non duxerit ex quadrante hæres eſto, neuter voluit ducere, an aliqualiter admittantur, pagina 250. a num. 3.

inſtitutus filius non poterat contratabulare, niſi alius edictum committeret, p.234.a nu.5.

inſtitutus ſub conditione poteſtatiua, ſi omittit, vt ab inteſtato ſuccedat, tenetur legatarijs ex edicto, ſi quis omiſſa, &c. p.254.nu.20.

inſtrumentum operatur in virtute agentis, pag. 40. num. 27.

inſtrumentum cum fundo legatum alienato fundo per teſtatorem non debetur, p.336.nu.7.& n.10.

interdictum, vti poſſidetis, competit ei, qui occupat locum aliàs publicum, p. 156. nu.18.

intereſſe lucri ceſſantis, vel damni emergentis omni iure recipitur, p. 188.nu. 22.

interruptio ciuilis quid operetur quoad vſucapionem, pag. 172. nu.16.

inuitari quis poteſt ad religionem ſpe lucri, pag.201. num. 36.

Iudex teſtari prohibens qua pœna puniatur, pag. 79. num. 36.

Iudex tenetur iudicare etiam ſecundum leges ſimiles pag. 191.num.35.

Iudex inferior nõ poteſt condẽnato ad vltimum ſupplicium facultatẽ dare, vt teſtari poſſit, p.355 .n.2.

iudicari contra legem quando dicatur, p.190. nu.33.

Iuriſconſulti ſolent aliquando tacitis obiectionibus, vel regulis reſpondere, p. 17. nu.11.

Iuriſconſulti aliquando ſunt in relatione aliorum, pag. 161. num. 16.

iuriſgentium dicuntur, quæ eo attento valida ſunt, 292. num. 4.

iuriſgentium adhuc hodie multa fieri poſſunt, pagina 293.num.12.

iuriſ-

Iuriſgentium origo, pag. 295.*nu.*21.

*iuriſgentium actus non mutant naturam, quod varijs ſolennibus, de iure ciuili ſint muniti, p.*296. *nu.* 29. *quod declara, nu. ſeq.*

ius commune apud Luſitanos ſeruatur pro lege, quando contrarium non eſt conſtitutum, aut ſtylo, vel conſuetudine receptum, pag. 69.*nu.*77.

*ius regale eſt auferre ab indignis, p.*81.*nu.*50.

ius patronatus ſuccedit in locum iuris dominici, quod patronus habebat ante manumiſſionem, pagina 96. *num.* 25.

ius patronatus inuenitur a liberis in hæreditate paterna, ibidem.

ius adeundi non eſt conſiderabile, nec in bonis eſt, pag. 123. *nu.*29.

ius abſtinendi non tranſmittitur ad hæredes extraneos, pag. 140. *nu.* 19.

ius deducendi legitimam tranſmittitur ad extraneos hæredes, ibid. nu. 20. *& nu.* 24.

ius petendi collationem an tranſmittatur ad extraneos hæredes, ibid. nu. 21. *& nu.*25.

ius petendi ſupplementum legitimæ, an tranſmittatur ad extraneos hæredes, p. 140. *nu.*22 *& omnino, num.* 26. *& num.*27.

ius accreſcendi non habet locum in ſucceſſione difformi, p. 150. *nu.*65.

*ius commerciandi an prohiberi poſſit, p.*157.*nu.*21.

ius piſcandi omnibus commune, pag. 152. *nu.*2.

*ius fundatum in ratione, & diſpoſitione naturali omnes ligat, pag.*157.*nu.*21.

ius gentium non agnouit fictiones, p. 292.*nu.*6.

ius gentium non diſtinguitur a ciuili ratione temporis, pag. 293. *nu.* 12.

ius ciuile quomodo dicatur confirmaſſe teſtamentarias ſucceſſiones, p. 295. *nu.* 24.

ius ciuile iuſta de cauſa potuit inhabilitare aliquem reſpectu actuum iuris gentium, p. 296. *nu.*30.

*Iuſtinianus in legibus emendandis prolixam iactantiam oſtendit, p.*99. *nu.* 3.

L

L*Ana, lac, & pilus, quotidie efformantur in animalibus, pag.* 221. *num.* 81.

Latitudo viæ, quæ fit in porrectum, & in anfractum, pag. 308. *num.* 7.

legatum ſeruo proprio inutile eſt, p. 32.*nu.* 26.

legatum, vel hæreditas filio incapaci relicta non acquiritur fiſco, ſed ſubſtitutis, cohæredibus, vel legitimis, pag. 73. *nu.*9.

*legatum ab inteſtato non relinquitur, p.*113.*nu.*46.

*legatum relictum à ſubſtituto pupillari, tranſmittitur etiam viuo pupillo, & quando, p.*149.*num.*62.

legatum relictum ſub conditione nubendi, & non nubendi, diuerſimodè iudicatur, ac quando relinquitur ſub ſimplici conditione non nubendi, pag. 197. *nu.* 9. *cum præced.*

*legatum alternatiuum in effectu vnum eſt, p.*199.*n.*21

*legatum ſub contrarijs conditionibus non purificatur, niſi præcedat cauſa, ex qua debeatur, p.*199. *nu.* 26. *& interim ſolutum repeti poteſt, ibid.*

legatum ita relictum, ducenta ſi monaſterium ingrediatur, & centum ſi nubat; an nubens ducenta conſequi valeat? p. 200. *nu.* 29.

*legatum ita relictum, ſi nupſerit, ducenta; ſi monaſterium ingrediatur, centum; per ingreſſum monaſterij ducenta conſequitur, p.*202.*n.*40.

*legatum alicui relictum, ſub conditione ſi Titia non nupſerit, non aliter purificatur in fauorem legatarij, quam Titia non nubente, p.*195.*nu.*2.

legatum ita relictum, ducenta, ſi nupſerit; & centum, ſi non nupſerit, an quoad ſecundum legatum gracilius, præſens ſit? p. 198.*a nu.* 14.

legatum per pœnam capitalem legatarij viuo teſtatore pro non ſcripto habetur, pag. 224.*num.* 3.

legatum relictum in tempus pubertatis, ſi ſciente teſtatore pubes ſit, intelligitur de ætate 25. *annorum, ſi ignorante ſtatim conſequitur, pagina* 247. *a num.* 26.

legatum purum recta via tranſit in legatarium nunquam factum hæredis, pag. 287.*num.* 14.

legatum generis non poteſt verificari in ſpecie, quæ fuerat legatarij tempore teſtamenti, pagina 345. *num.* 34.

legato pure relicto ei, cui ſub conditione libertas datur, quando ſit validum, pag. 315. *nu.*23.

legari an poſſit mulieri, ſub conditione, ſi teſtator nupſerit, pag. 357. *à num.* 10. *& omnino, pag* 358. *a num.* 16.

legatarius poteſt eſſe teſtis in teſtamento, & multo magis ij, qui in eiuſdem ſunt poteſtate, dummodo non excedant numerum binarium, pagina 33. *num.* 29.

legatarius decedens viuo teſtatore nihil tranſmittit, pag. 149. *num.* 62.

*leges in dubio intelliguntur ſecundum Rubr. ſub qua collocantur, p.*53.*nu.* 6. *& p.*62.*num.* 44.

lege ceſſante negatiue, & contrarie ceſſat quoq; eiuſdem diſpoſitio, pag. 198. *num.*17.

legis virtus tendit in futura, pag. 59. *num.*29.

legis prohibitiuæ differentia, p. 185.*a nu.*5.

*legis litera non eſt facile emendanda, p.*243. *nu.*2.

*lex non debet eſſe de indubitabili, p.*58. *nu.*28.

*lex quæ ſtat pro iuſtitia vindicatiua non dicitur peccati nutritiua, pag.*73. *num.* 12.

lex fauens matrimonio iuuanda eſt interpretatione, pag. 196. *num.* 5.

lex Iulia Miſcella fauet matrimonio reſpectu ſobolis, pag. 196.*num.* 7.*& p.* 200. *num.* 28. *& quomodo procedat, remittendo conditionem non nubendi, pag.*198. *nu.*13.

*lex non debet eſſe, nec præſumi otioſa, p.*207. *nu.*15.

*lex Velleia prouidit caſib. omiſſis à Gallo, p.*144.*n.*10.

lex qualibet habet ſuam rationem, p. 302. *nu.* 61.

lex Iulia, & Papia variè fuerunt coanguſtata, pag. 343.*num.* 21.

Liber

INDEX.

Liber ignoranter nubens ſerua de iure etiam canonico non manet coniugatus, p. 103. nu. 24.

liber homo, vide, homo liber, & vide, ſeruus putatiuus.

liberatio debiti poteſt donari cauſa mortis, & olim ſola acceptatione rata erat, pag. 262. num. 31. & p. 263. nu. 37.

liberta in concubinatu patroni poſita non tenebatur operas aliàs debitas præſtare, p. 100. nu. 14.

liberta poterat cognoſci, vt concubina ſine vitio ſtupri, p. 340. nu. 2.

libertas directa ſub conditione data confirmatur per exiſtentiam ſui hæredis, p. 146. nu. 48.

libertas vindicta quæ eſſet, & quæ requirebat, pag. 258. nu. 17.

libertas data à vero domino, qui putat ſeruum alienum, valet, ibidem.

libertus qui ad ingenuitatem proclamat, amittit ea omnia, quæ a domu patroni conſecutus eſt, pag. 159. nu. 4.

libertus hodie etiam poteſt fieri ſeruus pęna, pagina 271. num. 8.

libertus ſeruus poſtea factus, & iterum manumiſſus, diuerſus libertus eſt, p. 273. nu. 22.

libertus non acquirit patrono, p. 331. nu. 23.

libri chronici authentici probant, p. 53. nu. 5.

litigioſa res cur vſucapi non poſſit, p. 172. num. 15. & quando deſinat eſſe litigioſa, ibid. nu. 16. & reſpectu cuius res litigioſa inuſucapibilis dicatur, p. 173. nu. 18.

litigioſa res etiamſi non ſit petitoris non poteſt alienari, p. 173. n. 18.

litorum, & riparum vſus communis eſt, p. 153. num. 3.

locatione facta ſtatim merces cenſetur percepta iuris cenſura, p. 24. nu. 40.

locus de iure gentium communis poteſt aliquando occupari, & quomodo, p. 153. num. 3. & ſeq. & vide omnino num. 6.

locus publicus de iure gentium non poteſt vſucapi, pag. 154. nu. 8.

locus vſui ſeruitutis deſignatus, vel exceptus, non iure dominij, ſed ſeruitutis debetur, p. 308. n. 5.

lucratiua cauſa duplex non poteſt cõcurrere circa vnũ, & idem; ſiue in teſtamentis, ſiue in contractibus. p. 345. nu. 34.

Luſitani per nuptias liberantur patria poteſtate, p. 31. nu. 22. & p. 68. nu. 74.

M

Maioratus conſtitutus an deportatione, vel damnatione conſtituentis reſcindatur, pagina 228. num. 26.

Maioratus conſtitutio an poſſit conferri in caſum confiſcationis, p. 229. num. 29. cum præced. & vide omnino, nu. 31.

maioratus inſtitutio inter viuos, & vſque ad mortem reuocabilis aſſimilatur donationi cauſa mortis, non verò donationibus coniugalibus, vel in liberos, p. 229. nu. 28.

mala fides ſuperueniens non nocet vſucapioni, iam captæ, p. 206. nu. 4. & p. 211. nu. 34.

mandatum an poſſit poſt mortem conferri, p. 256. a nu. 1. cum ſeqq.

mandatum non extinguitur ceſſatione, ſed reuocatione voluntatis, p. 257. nu. 12.

mandatum vnde traxerit originem, ibid. nu. 13.

mandatum morte mandatarij finitur, p. 258. nu. 15.

mandatum ſerui manumittendi inutiliter impletur poſt mortem mandantis etiam ignorante mandatario; niſi ipſo iure factus ſit dominus, pag. 258. nu. 17.

mandatum, quod etiam mortui mandantis gratiam reſpicit, poteſt poſt mortem conferri, pag. 261. num. 25.

mandatum à principio factum in gratiam hæredum bene confertur poſt mortem mandantis, ibid. num. 27.

mandatum quibus modis conſideretur, p. 262. nu. 30.

mandatum, quod in ſe continet ſpeciem alterius contractus tranſmiſſibilis ad hæredes, bene poteſt conferri poſt mortem mandantis, ibid. num. 31. & p. 265. n. 44.

mandatum incboatum à mandatario tranſit ad eius hæredes p. 264. nu. 41.

mandatum ex cauſa neceſſaria poteſt re integra, & ſciẽte mandatario impleri, ſi hæredes mãdantis non prohibeant, p. 265. nu. 42.

mandatum in terminis, quibus poteſt poſt mortem impleri, in iiſdem poteſt a principio ex conuentione poſt mortem conferri, ibid. n. 43.

mandatum irregulare producit actionem mandati, ſicut depoſitum irregulare producit actionem depoſiti, ibid. nu. 45.

mandatum, vt quis mandantis nomine ſtipuletur poſt eiuſdem mortem ſoluendum mandatario ſemper valuit, p. 266. nu. 48.

mandatum, quo quis iubet manumitti ſeruum poſt mortem ſuam, valet, ſe interim ſeruum dederit mandatario, p. 265. nu. 44.

mandatum bene poteſt fieri, vt effectus poſt mortem mandantis reſultet, p. 266. n. 48.

mandatarius ſtipulari poteſt mandanti conferendo in eum verba executiua tantum, p. 268. nu. 54.

manumiſſio non poteſt fieri per procuratorem, & quomodo id intelligatur, p. 266. nu. 47.

manumiſſio eſt actus legitimus, ibidem.

manumiſſio an cadere poſſit in hominem liberum, pag. 352 num. 24.

manumittendi cauſa iuſta eſt ad effectum nubendi ſeruæ manumiſſa, vt minori manumittere concedatur, p. 101. nu. 15.

maris ius aliquando acquiri poteſt, p. 156. n. 18.

maritus facit fructus ſuos, p. 15. nu. 2.

maritus ſecundo nubentis intra annum luctus ab eius teſtamento ſolum tertium capit. reliquum defer-

tur, vel coheredibus, vel venientibus ab inteſtato, non fiſco, pag. 344. num. 26.

Mater in bonis profectitijs filij mortui plenam proprietatem non habet, p. 84. nu. 70.

mater in bonis aduentitijs filij mortui plenam proprietatem habet, p. 85. nu. 72.

matrimonium metu celebratum irritum eſt, pag. 74. num. 18. & p. 75. nu. 22.

matrimonium non eſt cum ſeruis attento iure ciuili, pagina 100. num. 51. ſecus de iure canonico, p. 102. num. 18.

matrimonium ſoluitur per deportationem de iure antiquo, p. 230. nu. 35. & ſeq.

matrimonium eſt contractus de iure gentium, pagina 398. num. 39.

matrimonium non debet eſſe venale, p. 358. nu. 14.

metum remouere pro pretio licet, p. 76. nu. 28.

miles teſtatur de iure gentium, p. 12. nu. 42.

miles poteſt ſubſtituere directò alicui extraneo, p. 12. num. 44. & ſubſtitutus ſit hæres militi, pag. 13. num. 45.

miles poteſt rogare hæredem ſuum, vt faciat aliquem hæredem in proprijs bonis, quatenus patitur hæreditas militis, p. 13. n. 49.

miles non poteſt rogare hæredem ſuum, vt ſimpliciter faciat hæredem in bonis hæredis, pagina 13. nu. 46.

miles ſi rogat hæredem, vt faciat aliquem hæredem, & rogatus decedat, quin ſcribat dictum hæredem; inducitur inſtitutio directa militaris, pag. 13. num. 48.

miles audacior ad inſidiandum, p. 113. num. 43.

miles poteſt inſtituere deportatum, p. 294. n. 16.

miles condemnatus vltimo ſupplicio poteſt teſtari ex priuilegio, ſi id impetret, & iudex in ſententia exprimat, p. 356. nu. 5.

militibus remiſſa eſt ſolennitas ciuilis, & manſit in facultate de iure gentium, p. 294. nu. 17.

minor poteſt reſtitui ab hæreditate agnita, pagina 144. nu. 40.

minor 25. annis, qui 18. exceſſit, non dicitur impubes, p. 248. nu. 28.

minore cum maiore ſimul fideiubente competit maiori beneficium diuiſionis, p. 318. n. 14.

minorum prædia vſucapi poſſunt, p. 173. num. 19. & p. 174. nu. 22.

miſſio ex ſecundo decreto ratione damni infecti habet originem ſimpliciter neceſſariam, pagina 171. num. 13.

modus vtendi ſeruitute non mutat ſeruitutem, pag. 310. nu. 15.

monachus tranſit in poteſtatem Abbatis, pagina 349. num. 7.

monachus æquiparatur ſeruo, ibid. num. 8.

monachus cur non poſſit teſtari, ibidem.

monachus ob ſupremam etiam neceſſitatem monaſterij vendi non poteſt, ibid.

monachus cur non poſſit teſtimonium dicere, ibid.

monachus quoad acquiſitionem ſeruo æquiparatur, ibid. nu. 9.

monachus habet capacitatem a monaſterio, pag. 350. num. 10.

monachus non retinet iura ſuitatis, licet ex priuilegio ſuccedat, ibid. nu. 11.

monachus hæreditatem patris non aditam non tranſmittit, ibidem.

monachatus ſoluit patriam poteſtatem, ibidem, num. 12.

monaſterium habet dominicam poteſtatem, & poſſeſſionem in monacho, p. 349. nu. 9.

mors non reuocat, ſed facit ceſſare voluntatem, pag. 257. num. 12.

mortuo poteſt fieri iniuria, p. 261. nu. 25.

mortuo poteſt fieri gratia, & officium, ibid. nu. 26.

mulier ab hoſtibus redempta, ſi redemptori nubat, antequam pretium ſoluat, ſtatim poſtliminio redit, & liberatur omni nexu, p. 100. nu. 10.

mulier nubens proprio ſeruo illum de iure ciuili manumittit, p. 101. nu. 16. & quod attento iure canonico, p. 103. num. 27.

mulier ſeruo proprio ſe miſcens, quibus pœnis teneatur, p. 101. num. 17.

mulier fideiubens perinde eſt, ac ſi non interceſſiſſet, pag. 318. nu. 14.

N

NAtalium reſtitutio nimis extraordinaria eſt, pag. 272. nu. 18.

Natalium reſtitutio etiam fit à principe ei, qui ſeruus natus eſt, p. 273. nu. 23.

natalium reſtitutio in eo, qui natus fuit ſeruus, non eſt vera reſtitutio, ibid.

natalium reſtitutio plus aliquando confert, quam ſeruitus intermedia ademerat, ibid.

natalibus reſtitutus idem ingenuus fit, qui olim fuerat, p. 273. nu. 19.

natura actuum ciuilium non poteſt priuatorum pactis immutari, p. 259. nu. 19.

naturalia contractuum non poſſunt immutari manentibus iiſdem contractibus, p. 260. n. 21.

naturalia contractus, quæ ſint, ibid. num. 22.

nemo opponere poteſt de iure fiſci, p. 76. nu. 25.

nemo præſumitur delinquere velle ſolum ad fraudandum fiſcum, p. 228. nu. 24.

nemo poteſt eſſe in duplici patria poteſtate, pagina 248. nu. 31.

nepos ſuccedit patri ſuo filiofam. vt hæres excluſo auo in bonis caſtrenſibus, & quaſi, & aduentitijs, pag. 64. num. 56.

nepos etiam intermedia perſona patris, aliquo modo dicitur ſuus hæres auo, p. 140. nu. 19.

nominatio emphyteutica reuocabilis, quæ aliàs fit irreuocabilis per translationem iuris emphyteuticæ, fiet etiam irreuocabilis per vſusfructus reſeruationem, pagina 326. nu. 10.

Nomi-

Nominatio cum reſeruatione vſuſfructus requirit authoritatem domini directi, p.327. n.15.

nominatus in emphyteuſi cum reſeruatione vſuſfructus præmoriens nominanti poteſt, & debet ipſe tantùm alium nominare, p. 317.n.14.

non prohibere eſt medium inter concedere, & prohibere, p.59. nu.33.

notum per ignotius declarare abſurdum eſt , pagina 118. num.5.

nubens illegitime priuatur per fiſcum omni relicto, vel donato , niſi habeat iuſtam excuſationem , pag. 82. num.53.

nuptiæ conſobrinorum inter ſe 'a iure ciuili approbantur, p.250.nu. 5.

nuptiæ ſi apponantur per viam modi , & mulier cum qua implendus eſt , moriatur, legatum , vel inſtitutio ſuſtinetur , p.253.nu.16.

O

OBligatum eſſe , vel non eſſe excuſatum, ſunt diuerſa, pag. 193.nu.47. & nu.49.

Occupatio in multis dominium parit, p.155.nu. 10.

officia Reip. dicuntur militiæ , & de ratione , remiſſiuè, p.54.nu.11. ante fin.

officium pietatis verſatur in vindicanda morte teſtatoris , p.73. nu.12.

omiſſio ſubſtantialis vitiat actum, p.75.nu.19.

onus , & honor a pari procedunt , pag. 4. num.15. & num.16.

onus a patre impoſitum pupillo , vel eius hæredibus ; diuerſimode a iure impletur, p. 7.nu.30.

optione ſeruorum legata , ſi ſeruo proprio ſine libertate teſtator aliquid relinquat , quando hoc relictum veniat cum ſeruo illo in optione , p.314. a nu.16. & nu.19.

optione legata illud cenſetur relictum , quod eligitur, ibid. num.18.

optione legata electio non poteſt fieri niſi adita hæreditate , ibidem.

optione ſeruo legata, dominus non poteſt optare, pag. 331. nu.20. & nu.22.

optione legata ſi teſtator exprimat conditionem, quæ aliàs tacite inerat , adhuc hodie legatum optionis non tranſmittetur , pagina 332. numero 29.

optione legata , & per legatarium exercita ſtatim dominium transfertur, p.333.num.32.

optio ſerui eſt actus legitimus , pagina 331. numero 22.

optionis legatum olim non tranſmittebatur, pag.328. nu.1. & num.5.

optionis legatum electionem ſemper tribuit legatario, pag. 328. n.3.

optionis in legato optimum eligi poteſt, pagina 329. num. 9.

optionis legatum non cadit in res alienas, pag. 333. num. 30.

Optionis legatum continet conditionem , pag. 328. num. 5.

Orcinus libertus quis dicatur, pag. 146.nu. 48.

P

PActum futuræ ſucceſſionis nec inter milites valet, pag. 113. num.43 .

Pactum liberatorium initum cum vno nō prodeſt aliis fideiuſſoribus, p.320. n.17. & p.322.num.25. quod declara, n.26.

pars in toto non incipit poſſideri , vt per ſe poſſit vſucapi , p.211.nu. 35.

partus non poſſidetur antequam naſcatur, p.206.nu. 8. & p.211. num. 35.

partus in vtero eodem iure afficitur , quo mater, pag. 206. num.9.

partus non eſt pars rei , p. 207. nu.14.

partus ancillæ furtiuæ conceptus , & natus apud bonæ fidei poſſeſſorem non eſt furtiuus , & poteſt vſucapi, p.209. a nu.23. de quo vide plura in verb. Ancilla .

partus verè non eſt pars matris etiam dum eſt in vtero, p.211.n.35.& nu.36.

partus conceptus , & editus apud bonæ fidei poſſeſſorem non vſucapitur cum eo titulo , quo ancilla quæſita eſt ; ſed titulo pro ſuo, pag. 211. nu.37. cum ſeqq.

partus editus apud bonæ fidei poſſeſſorem ex ancilla aliena, licet ante editionem ſuperueniat ſcientia rei alienæ, nihilominus vſucapitur, ſicut & ancilla, p.215.nu.51. ſi vero naſcatur ex ancilla furtiua , officit ſcientia rei alienæ ante editionem partus, p.216.nu.54. ſcientia rei furtiuæ etiam poſt editionem officit , ibidem, num.56. & pag. 217. num. 62.

partus non eſt in fructu, p. 217.nu.64.

partus in vtero tempore , quo ancilla ſubripitur, eſt in vſucapibilis, p.206. a num. 7.

partum ſuppoſitum ii accuſare poſſunt , ad quos res pertinet, p. 81. nu.47.

pater poteſt grauare legitimos hæredes filii impuberis, p.7.nu.29. quod intellige, nu.30.

pater ſimul cum vno duntaxat filio in poteſtate, poteſt eſſe teſtis in teſtamento, p. 28.n.2.

pater eſt nomen relatiuum ad filium , ibid. num.8.

pater ſimul cum pluribus filiis emancipatis poteſt eſſe teſtis in alterius teſtamento, pag. 30.n.18. quod intellige , num.19.

pater ſimul cum ſolo vno filio arrogato poteſt eſſe teſtis in alieno teſtamento, p. 31. nu.21.

pater ſimul cum pluribus filiis naturalibus poteſt eſſe teſtis in teſtamento, p.30. num.18. vide tamen, num. ſequenti .

pater an ſimul cū pluribus filiis in poteſtate, poſſit alienis negotiis teſtis adhiberi, p.32.n. 28. cū præce.

pater ſubſtitutus filio ſuo, poteſt libere acceptare hæreditatem, ex ſubſtitutione repudiatam ex inſtitutione

ſtitutione filij, pagina 37. num. 13.

Pater, qui omiſſa aditione ex perſona filij inſtituti, ſuccedit ab inteſtato, incidit in edictum, ſi quis omiſſa, pagina 3.. num. 19.

pater inſtitutus ſi adeat ex ſubſtitutione filij, incidit in edictum, ſi quis omiſſa, p. 39. num. 25.

pater, & filius in poteſtate, aliquando cenſentur diuerſæ perſonæ quoad aliquos iuris effectus, pag. 46. num. 49.

pater ſuccedit inteſtato filiofam. vt hæres in bonis caſtrenſibus, vel quaſi, vel aduentitijs, pag. 64. a num. 57.

pater ſuccedens vt hæres filio ſuo famil. iam eiuſdem creditoribus etiam vltra annum tenetur, pag. 65. num. 62.

pater etiam olim ſi inſtitutus a milite filiofam. omitteret teſtamenti cauſam, vt iure peculij ſuccederet, tenetur exemplo edicti, ſi quis omiſſa, &c. pag. 65. num. 63. & num. 64. & quid attento iure nouo.

pater vt hodie inteſtati filij fam. bona tranſmittat, opus eſt vt adeat, p. 66. num. 65. ſecus attento iure antiquo.

pater olim erat dominus bonorum caſtrenſium filijfam. ſub conditione reſolutiua, niſi filius diſpoſuiſſet, pag. 66. num. 67.

pater olim legans rem filij caſtrenſem, vt ſuam legare creditur, pag. 67. num. 68.

pater iure peculij filiofam. ſuccedēs fit hæres ijs, quibus filius fuerat, p. 68. num. 73.

pater apud Luſitanos in ſolidum ſuccedit ab inteſtato filio ſuo, ſi non ſuperſunt defuncto deſcendentes, pag. 69. num. 77.

pater olim inſtitutus a filiofam. in bonis caſtrenſibus ſuccedebat, vt in alienis, pag. 67. num. 70.

pater inique exhæredans, etiam quoad diſpoſita ab inteſtato, demens reputatur, p. 242. n. 35.

pater ſimpliciter emancipans olim non ſuccedebat filio emancipato de iure ciuili, p. 351. num. 18. & quid tunc opus erat, ibid. n. 19.

pater quando olim eſſe poſſet legitimus tutor filij impuberis emancipati, p. 352. nu. 20.

pater olim emancipans contracta fiducia, præteritus poterat ſtatim intentare bonorum poſſeſſionem contra tab. filij; quamuis nepotum cauſa de inofficioſo quærentium pependiſſet: non ita ſi ſimpliciter emanciparet, p. 354. nu. 31.

pater ſimpliciter emancipans præteritus hodie, vel poteſt habere bonorum poſſeſſionem contra tab. vel querelam inofficioſi, p. 354. nu. 32.

patri emancipanti hodie omnia legitima iura reſeruantur, ac ſi contracta fiducia emanciparet, pagina 353. nu. 25.

patris volo conguit filias legitimè nubere, pagina 89. num. 18.

peregrini non poterant apud Romanos teſtari, vel aliquid ex teſtamento capere, pagina 298. num. 37.

Perſonæ mutatione mutatur qualitas bonorum, pag. 64. num. 55.

petitio hæreditatis non datur contra poſſidentem aliquo titulo, p. 183. nu. 30. niſi ſit titulus pro hærede, & de ratione, ibid. num. 31.

pignore dato pro debito naturali tantùm ex illo pretio non poteſt ſatisfieri, etiam ciuili, pag. 169. num. 25.

pignore dato duobus, ille indiſtincte præfertur, qui poſſidet, p. 181. n. 22. & ſi neuter poſſideat, cui primo traditum fuit, p. 182. n. 26.

pignus conſtitutum in re, quam emptor redhibet, durat, p. 132. nu. 43.

pignus non poteſt retineri pro diuerſo debito, niſi ſit chirographarium, p. 165. n. [illegible]

pignus datum pro duabus obligationibus ſimul, ſi vendatur, pro modo cuiuſq; debiti fit diuiſio pretij, p. 168. a num. 21.

piſcatio pluribus annis in certo fluminis loco, parit occupationem, & ius prohibendi alios, pag. 153. nu. 4. & nu. 6. & nu. 9.

piſcari quis prohiberi poteſt ante ædes, vel prætorium alterius, p. 153. nu. 5.

piſcari prohibens in loco communi, tenetur iniuriarum, pag. 156. nu. 17.

pomi decerpendi licentia quid importet, pagina 304. num. 7.

pomi ſignificatio, ibid. & p. 305. nu. 10.

poſſeſſio per ſeruum vitioſe adepta indiſtincte nocet domino, quoad vſucapionem, p. 209. nu. 24. ſecus de poſſeſſione per libertum quæſita, quæ non nocet patrono, p. 210. n. 28.

poſſeſſio rerum mobilium toties amittitur, quoties ſi velimus apprehendi non poſſit, pag. 284. nu. 1. quod non procedit in ſeruo poſſeſſo, ibid. nu. 2.

poſſeſſio rei, quam quis non inuenit propter fragilitatem memoriæ, non amittitur, pag. 285. num. 3.

poſſeſſio aliqua an conſideretur in hæreditate iacente, p. 286. n. 11. cum præced.

poſſeſſio retinetur per ſeruum fugitiuum, pag. 284. num. 2.

poſſeſſio peculiaris acquiritur hæreditati iacenti, pag. 290. nu. 31.

poſſeſſio peculiaris acquiritur domino ſine eius facto, ibidem.

poſſeſſio indebite tradita, quæ peperit dominium in acquirente, poteſt condici ſimul cum dominio, p. 324. num. 4.

poſſeſſio debita licet per errorem tradatur, repeti non poteſt, ibid. nu. 6.

poſſeſſor hæreditatis, qui fraudem participauit, incidit in ſententiam edicti, ſi quis omiſſa, &c. quando alter omiſit cauſam teſtamenti, pag. 40. num. 29.

poſſeſſor bonæ fidei ancillæ furtiuæ, quæ apud eundem concepit, ſi antequam pariat, ſciat eſſe alienam, non vſucapit partum.

pagina

Digitized by Google

pagina 210. num. 29. & num. 31. & pag. 214. a num. 49. & pag. 215. num. 53.
Poſſeſſor bonæ fidei, qui ſcit rem furtiuam, ſi tacet, furari videtur, pag. 216. a nu. 57.
poſſeſſor maioratus, vel fideicommiſſi an poſſit filium ſucceſſorem ex cauſa exhæredare, p. 278. nu. 14. & pag. 279. num. 19.
poſſidere pro ſuo non poteſt, qui clam poſſidet, pagina 216. num. 59.
poſthumo aſſignari libertus poteſt, p. 92. nu. 7.
poſthumo alieno in vtero exiſtenti etiam olim legari poterat, p. 119. a nu. 7.
poſthumo etiam alieno donari poterat, & in eo maioratus conſtitui, p. 119. nu. 12.
poſthumus alienus inſtitutus habebat olim bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. p. 118. nu. 3.
prædium vectigale an vſucapi poſſit? pagina 170. a num. 2.
prædium dotale non præſtita cautione de damno infecto poſt ſecundum decretum, acquiritur aduerſario, p. 171. num. 8.
prædium vectigale poſt ſecundum decretum non tranſit ſimpliciter in aduerſarium, ibidem, & num. ſeq.
prætor vocat emancipatos reſciſſa capitis deminutione, pag. 92. num. 6.
Princeps non poteſt ſibi, aut futuris ſucceſſoribus adimere poteſtatem concedendi aliquod priuilegiũ, p. 338. nu. 20. & num. 22.
priuilegia perſonalia tranſmittuntur ad ſuos hæredes, pag. 140. num. 19.
priuilegiata perſona aliquando poteſt damnari inconſulto principe, ſi adſit cauſa publica, pag. 187. num. 15.
pro derelicto habitum occupanti conceditur, pagina 99. num. 1.
procurator, qui ante litem conteſtatam domino ſuccedit, definit eſſe procurator, & expirat ſtipulatio iudicatum ſolui, 178. num. 5. & pag. 179. nu. 13.
prohibens teſtari, quia antea erat inſtitutus, vel legitimus ab inteſtato venit, acquirit fiſco, pag. 77. num. 31. quid ſi habet cohæredes, vel æque legitimos, ibidem.
prohibens teſtari qua pœna puniatur, pag. 78. num. 34. & quid teneatur reſarcire læſo, ibid. num. 35. cum ſeq.
prohibente aliquo tertio teſtari, quando alius eſt inſtitutus, vel legitimus hæres, fiſcus non acquirit, & quomodo intelligatur, p. 77. nu. 32.
prohibente teſtari effecto non ſoluendo ſuccurritur læſo aduerſus fiſcum hæreditatem auferentem, pag. 79. num. 38.
prohibitio alienandi in fauorem familiæ, tunc parit petitionem, quando alienatio fit, pag. 276. nu. 4. etiamſi traditio ſecuta non ſit, ibid. num. 5. & petitio omnibus eiuſdem gradus competit, ibid. num. 6.
Proiectum in mare nauis leuandæ cauſa in dubio non habetur pro derelicto: & dominium retinetur, licet poſſeſſio amittatur, p. 285. nu. 4.
promiſſio de inſtituendo inutilis eſt, p. 107. nu. 9.
promiſſio hoc modo facta, ſi nauis ex Aſia venerit, dabo centum; ſi non venerit, ducenta, interim ſoluta alterutra ſumma, parit condictionem indebiti, pag. 199. nu. 24.
promiſſio generis nihil continet ſpecialiter in obligatione, ſed in ſolutione, p. 345. nu. 33.
promiſſio generis poteſt verificari in ſpecie, quæ fuit ſtipulatoris tempore promiſſionis, ibidem, num. 34.
promiſſio generis ſi per errorem impleatur in vna ſpecie, poteſt eadem repeti, pagina 346. a num. 35.
proportio Geometrica quæ ſit, & in iure quomodo conſideretur, p. 18. nu. 17.
proportio tam Arithmetica, quam Geometrica debet eſſe eadem in toto, & in parte reſpectiue, pag. 17. num. 18.
pubertatis dies olim erat incerta, p. 246. nu. 20.
pubertas olim a I. C. varie diffiniebatur, p. 245. num. 17. & quid hodie, pag. 246. nu. 19.
pubertas plena 18. anno veniebat, & ad quid conſiderabatur, p. 247. nu. 25. & an ſit pleniſſima pubertas, p. 248. nu. 28.
Publiciana ceſſat, vbi ceſſat vſucapio, p. 170. num. 1. an vero ſemper detur, vbi datur vſucapio, p. 175 a nu. 26. & nu. 28.
publiciana ex æquitate introducta eſt, pagina 175. nu. 26. & num. 30.
publiciana datur contra venditorem poſtea dominum effectum, & contra quemuis qui ab eo cauſam, aut dominium habet, p. 178. nu. 7.
publiciana aliquando datur contra dominum rei, pag. 178. num. 8.
publiciana, vt contra venditorem competat, vel contra eum, qui ab eo cauſam habet, opus eſt, vt emptor pretium ſoluiſſet, aut ſatisfeciſſet, pag. 180. nu. 14. cum ſeqq. & nu. 17.
publiciana competit indiſtincte ſine mentione pretij contra eum, qui nec vendidit, nec à venditore cauſam habet, p. 181. nu. 20.
publiciana non datur contra iiitulo poſſidentem, & quo modo id intelligatur, p. 183. a nu. 28.
publiciana non ad petendum dominium, ſed ad auocandam poſſeſſionem principaliter competit, pag. 179. num. 13.
publiciana indiſtincte competit contra tertium, qui nõ habet ius in re, quamuis eadem alij etiam priori vendita, & tradita fuerit, p. 182. nu. 25.
pupillaris res regulariter eſt in vſucapibilis, pag. 174. num. 22.
pupillus olim poterat conſiderari pubes, pagina 246. a num. 18. & tunc poterat iurare in litem in cauſa pupillari, quod hodie ſublatum eſt, ibidem.

Pupillus doli capax poteſt teſtari, vbi ius ciuile vel ſimilis diſpoſitio non viget, p.300. nu.50.
pupillus miles adhuc hodie poteſt teſtari ſi ſit doli capax attento iure ciuili, p.300.a nu.51.
pupillus doli capax poteſt teſtari cum diſpenſatione principis, p.302. nu.59.
pupillus miles eſſe poteſt, p.300. nu.51.
pulli gallinarum cenſentur fœtus eius gallinæ, quæ incubuit, & excluſit, non vero eius, quæ fecerat oua, pag.220.num.79.

Q

Q*Vantitas patrimonij ad Falcidiam detrahendam inſpicitur tempore mortis teſtatoris, pag. 88. num. 10.*
Quarta duplex deductio non permittitur attento iure ciuili, p. 90.num.20.
quaſi vſucapio conceditur reſpectu iuris redimendi in ſeruis alienis ab hoſtibus redemptis, pag. 218. num. 72.
quaſi agnatio quando detur, p.351.nu.17.
querela inofficioſi nondum præparata non tranſmittitur ad hæredes niſi ſint ſui, p.141. a nu.26.
querela inofficioſi deducit rem ad cauſam inteſtati, pag. 276.nu.8.
querela inofficioſi vnde originem traxerit, pag. 348. num. 1.
querela inofficioſi, & bonorum poſſeſſio contra tab. ſunt remedia contraria, ibid. nu.4.
quæri de inofficioſo non poteſt, qui alio iure venire poteſt, p.348. nu.2. & p.354. nu.30.

R

R*Atio decidendi in legibus oſtendit veram rationem dubitandi, pag.189. nu.25.*
Reabibitio ſerui venditi, & inſtituti contemplatione emptoris operatur, vt hæreditas iuſſu antiqui venditoris adita illi acquiratur, p.132.a nu.41. declara, nu.44.
Regula Catoniana quid infirmauit, p. 311.nu. 3.
Regula Catoniana regulariter non habet locum inſtituto hærede extraneo, ibid. quod tamen declara, ibid. & nu. ſeqq.
Regula Catoniana ceſſat, quoties termini variantur, ſub quibus antea legatum inutile erat, pag.312. num. 10.
rei uendicatio ratione venditionis requirit pro fundamento probationem ſoluti pretij, p.180. nu.15.
relatiuum ſolum habet vnum relationis extremum, pag.28. nu.8.
relatiuum quid ſit, ibidem.
repetit aliquando qui non dedit; quomodo intelligatur, p.72. num.4.
repræſentatio defuncti in hærede ad quid introducta, pag.120. num.17.
reſcripta principum ad priuatorum preces obtenta regulariter ipſis tantum proſunt, pag.188. num. 17. & ijs, qui permixtam cauſam habent, ibid. num. 19.
reſolutio emptionis ex cauſa neceſſaria tollit pignus, pag.132. nu.43.
reſtitutio minorum competit hæredibus, pag. 144. num. 40.
reſtitutio quid ſit, & quid operetur, p. 270.nu.1.
reſtitutio non reſtituit bona, quæ lex ſecuta pœna alijs detulit, p. 272. nu. 12.
reſtitutio gratia, & iuſtitia æque operatur, p.272.nu. 14. niſi reſtringatur, ibid.
reſtitutio, & liberatio a pœna longè differunt, pagina 272. num.14.
reſtitutione impetrata aduerſus venditionem retransfertur dominium in venditorem, p. 219.nu. 73.
Rogatus: vide Grauatus.
Rubrica oſtendit terminos, in quibus loquitur lex ſubiecta, pag. 62. num. 44.

S

S*Acerdos factus poſt ſuſceptum arbitrium, non tenetur ſententiam dicere, p. 94.nu.14.*
Scientia furtiuitatis plus officit, quàm ſcientia rei alienæ, p.211. nu.33.
ſcientia ancillæ alienæ an obſit vſucapioni partus, pag. 206. nu. 4. & omnino, p. 210.nu. 29.
ſecundum decretum ex defectu cautionis de damno infecto, an & quando transferat dominium, pag. 171. a num. 8.
ſententia requiritur, vt aliquid auferatur tanquam ab indigno, p. 83. nu. 57.
ſententia lata contra leges, conſtitutionesue, nulla eſt, p.185.num.1. & quomodo id intelligatur, quando eſt lata contra leges prohibitiuas, ibid. a nu. 7. debet eſſe ius clarum, p. 188.nu.18. & quando contra reſcripta ſit nulla, ibid. n. 20. & ſeq.
ſententia a principe approbata recipit appellationem, pag. 187. nu.15.
ſententia contra reſcripta ab alijs in ſimili cauſa obtenta non recipit appellationem, p. 188. nu.19.
ſententia nulla eſt, quæ incerta eſt, 189. nu.23.
ſententia lata contra ſententias aliorum iudicum nulla non eſt, p. 189. nu.28.
ſententia lata contra legem extrauagantem an ſit nulla, pag. 190. nu.29.
ſententia nulla non eſt illa, quæ profertur cõtra legem, quæ plures habet intellectus, ibid. nu.31.
ſententia lata contra leges ſimiles, an, & quando ſit nulla, ibid. a nu. 33.
ſententia lata contra legem comprehenſiuam caſus propoſiti eſt nulla, p. 191. nu.36.
ſententia lata contra Canones quando ſit nulla, pag. 192. num. 42.
ſententia nulla eſt, quæ exprimit fundamentum contrarium iuri, quamuis cauſa iuuetur alio vero, ibid. num. 43.

INDEX.

Sententia certa eſt per relationem ad acta, pag. 185. num. 4.
ſeparatio bonorum, quæ conceditur fratri pupillariter ſubſtituto, eſt ad inſtar abſtenſionis, pag. 143. num. 38.
ſeparatio bonorum ex tit. de ſeparat. non fit ad acquiſitionem mere lucratiuam, p. 143. nu. 38.
ſeparatio ſolum conſideratur in bonis mixtis, p. 139. num. 14. & p. 148. nu. 59.
ſeruitus realis vt reſultet, opus eſt, vt detur vtilitas prædij dominantis, qua prædium eſt, p. 303. n. 3.
ſeruitus cur dicatur odioſa, p. 304. nu. 6.
ſeruitus aquæ vtilis ſemper eſt, vel eſſe poteſt, p. 306. nu. 13. & ad voluptatem ideò conſtitui poteſt, ibidem.
ſeruitus pecoris paſcendi etiam ſine vllo prædio dominante perſonæ conſtitui poteſt, p. 305. num. 11.
ſeruitus ea cenſetur conſtituta, cui conuenit latitudo loci, p. 309. num. 8. & nu. 10.
ſeruus eſt inſtrumentum animatum domini, pag. 40. num. 27.
ſeruus languens pro derelicto habitus liber fit, pag. 99. nu. 2. & num. 5.
ſeruus habitus pro derelicto ſi liberæ perſonæ in matrimonium iungatur, fit ipſo iure liber. ibid. n. 7. cum ſeq. & p. 103. nu. 24.
ſeruus habitus pro derelicto, vt alicui acquiratur, opus eſt, vt ſciatur habito pro derelicto, p. 100. nu. 8.
ſeruus conſentiente domino nubens liberæ perſonæ fit liber, ibid. nu. 11.
ſeruus ſeruam habitam pro derelicto ſibi coniugem aſſumens acquirit illam domino ſuo, p. 103. num. 23. idem olim fuerat ſi liberæ mulieri nupſiſſet, ex S. C. Claudiano, ibid. requiritur ſcientia habitionis pro derelicto, p. 103. nu. 25.
ſeruus hæreditarius a defuncti perſona capacitatem mutuatur, p. 120. nu. 17.
ſeruus hæreditarius inſtitutus ſpectare debet iuſſum hæredis futuri, ibid. nu. 18.
ſeruus eius, qui in vtero eſt, poteſt indiſtinctè inſtitui, p. 122. num. 25.
ſeruus poſthumi alieni futurus potuit etiam olim inſtitui, & cur, p. 122. num. 27.
ſeruus putatiuus neſciens eſſe liberum inſtitutus hæres adiens iuſſu domini putatiui, ei non acquirit, p. 126. num. 6. etiamſi inſtituatur contemplatione domini putatiui, ibid. nu. 8. & quamuis maximè velit eidem acquirere, ibid. nu. 9. & an ſibi acquirat. latè, ibid. a nu. 10. & omnino, nu. 15. & omnino, nu. 18.
ſeruus putatiuus, quod domino putatiuo non acquirit, ſibi acquirit, quomodo intelligatur, pagina 127. num. 17.
ſeruus putatiuus ignorans ſe eſſe liberum, adiens ſua ſponte, ſibi acquirit, p. 128. nu. 20.
ſeruus putatiuus ignorans ſuam conditionem inſtitutus contemplatione domini, & illius iuſſu adiens quomodo illi acquirat, p. 128. nu. 23.
ſeruus putatiuus ſciens conditionem ſuam, & ſponte adiens hæreditatem, ſibi acquirit, pag. 128. nu. 24. & ſi tunc vult domino putatiuo acquirere, illi acquirit præuio iuſſu, pag. 129. num. 25. & de ratione, nu. 27.
ſeruus putatiuus, vt acquirat hæreditatem domino putatiuo, quæ requirantur, p. 129. nu. 28.
ſeruus putatiuus ſciens conditionem ſuam, & adiens ſolo domini iuſſu, nulli acquirit, pag. 130. num. 29. ſi tamen velit ſibi acquirere, acquiret, ibid. num. 30.
ſeruus putatiuus contemplatione domini inſtitutus nolens adire cogendus eſt, ibid, nu. 31.
ſeruus alienus bona fide poſſeſſus æquiparatur ſeruo putatiuo, p. 130. num. 33. in quo tamen differant, ibid. & nu. ſeq.
ſeruo inſtituto vendito hæreditas indiſtinctè pertinet ad emptorem, pag. 131. nu. 35. quod declara, num. 37.
ſeruo inſtituto eius, qui eſt in vtero, ſi abortus fiat, an pereat inſtitutio, pag. 133. a nu. 45.
ſeruus inſtitutus cum mentione domini, cenſetur inſtitutus domini contemplatione, d. nu. 45.
ſerui ſubſtrahentis ancillam, & pro libertate ſua domino dantis ſcientia præiudicat vſucapioni partus per dominum inchoandæ, pag. 209. num. 24. declara, p. 210. num. 27. ſecus ſi libertus factus ancillam furtiuam dederit, ibid. nu. 28.
ſeruus manumiſſus nouus homo eſt, a num. 28.
ſeruus pœnæ reſtitutus, eſt idem qui antea erat, pagina 270. num. 1.
ſeruus pœnæ liberatus ſimpliciter a pœna, eſt alius homo ab eo, qui fuerat, p. 272. nu. 14.
ſeruus hæreditarius (qui legatus eſt) ſi interim rem furatur hæredi futuro tenetur actioni furti, pag. 287. nu. 14. quid dicendum ſi rem hæreditariam ſubripuerit, ibid. nu. 16.
ſeruo hæredis pure inutiliter legatur, p. 312. num. 5. non ita è conuerſo, ibid. nu. 6.
ſerui inſtituti voluntas in adeunda hæreditate omnino requiritur, p. 312. nu. 6.
ſeruo hæredis inſtituti ſub conditione, vel cui datus eſt cohæres extraneus pure legari poteſt, ibid. num. 7. & nu. 8. vel quando repudiat dato ſubſtituto, ibid. num. 9. & quid quando legatur ſeruo ſui hæredis, pag. 313. a nu. 11.
ſeruus proprius inſtitutus eſt ſimpliciter, & abſolutè neceſſarius hæres, p. 315. num. 22.
ſeruus nondum poſſeſſus non acquirit domino ex contractu, p. 332. nu. 26.
ſocietas morte finitur, nec pacto prorogari poteſt, pag. 259. a nu. 18.
ſocietas nullo modo tranſit ad hæredes, pagina 264. num. 41.
ſoluens ſcienter quod ſoluere non tenetur, donare creditur, p. 264. num. 40.
ſolum aliquando cedit ædificio, p. 153. nu. 3.
ſolennitas iterato rogata duplex cenſetur, p. 109. n. 21

Spatiandi

Spatiandi licentia quid importet. p. 305. n. 8.

Statuliber quando quis dicatur. p. 146. n. 49.

Statutum loquens de impubere intelligitur de eo, qui minor eſt 14. annis, p. 248. nu. 28.

Statutum permittens teſtari minori 12. annis quomodo debeat intelligi, vt valeat. p. 302. n. 58.

Stipulari alteri quibus modis fiat. pag. 267. nu. 49. & quando vtiliter. ibid. a n. 50.

Stipulatio alteri facta, vt teneat ratione intereſſe, quid requiratur. p. 268. nu. 57.

Stipulatio facta poſt mortem mandantis ſuo nomine fieri ſemper valuit. ibid. n. 58.

Stipulatio cur dicatur contractus iuris ciuilis. p. 299. num. 46.

Stipulatio in decem, reſponſio in quinque, eſt inutilis. p. 335. a n. 1.

Stipulatio inutilis propter difformitatem ſecuta complacentia vtilis fit. p. 336. n. 4.

Stipulatio alternatiua in ſpeciebus requirit reſponſionem in vtraque: non ita ſtipulatio in ſummis, ſi promittatur minor quantitas. ibid. n. 5.

Stupro cognita mulier indigna eſt omnibus quæ relinquuntur ab ſtupratore. p. 340. n. 1.

Subſtitutio facta, quisquis mihi hæres erit, ſit hæres filio meo, requirit, vt hæres patris omnino adeat. pag. 137. n. 3.

Subſtitutio pupillaris corruit, ſi non aditur patris hæreditas. pag. 144. n. 41.

Subſtitutio pupillaris cenſetur diſpoſitio pupilli. pag. 146. n. 46.

Subſtitutio pupillaris ſuſtinetur petita bonorum poſſeſſione contra tab. p. 236. n. 17.

Subſtitutus aliquando non tenetur ad ea quæ ab inſtituto relicta ſunt, pag. 37. nu. 12.

Subſtitutus pupillaris non poteſt amplecti hæreditatem pupilli, & repudiare eam, quæ ab eius patre venit. p. 137. n. 4. quod declaratur. n. 5. & ſeqq. & p. 141. à n. 30.

Subſtitutus pupillaris & ſimul cohæres, an, & quando poſſit amplecti hæreditatem pupillarem, & repudiare paternam. p. 138. à n. 9.

Subſtitutus pupillaris fit neceſſarius hæres pupillo, ſi teſtatori quoque neceſſarius erat. p. 141. n. 29. de ratione. p. 142. n. 33. & n. 35.

Subſtitutus pupillaris an poſſit vti reſtitutione aduerſus hæreditatem agnitam per pupillum? p. 144. num. 40.

Subſtitutus pupillaris, qui fuit etiam hæres in teſtamento paterno, & adiuit, traſmittit etiam hæreditatem pupillarem viuo pupillo. p. 148. n. 61.

Succeſſio iure peculij, vel iure hæreditario in quo differant. p. 65. nu. 61.

Succeſſio iure peculij in quibus bonis filijfam. locum habere poſſit. p. 65. n. 59.

Succeſſio ab inteſtato attenta origine, eſt de iure gentium. p. 294. à num. 14.

Superficiarius non habet dominium in ſuperficio, ſiue ædificio, p. 307. nu. 2.

Superficiarius in quo præcedat fructuarium, vel vſuarium. ibid.

Superfluum illud dicitur in teſtamento, quod re ipſa, & factis interuenit, non verbis. p. 108. n. 19.

Superlatiuo nihil eſt ſuperius. p. 292. n. 7. declara. p. 299. n. 43.

Suus hæres ex ui ſuitatis traſmittit hæreditatem, vt quæſitam. p. 139. n. 17.

Suus hæres poteſt redire ad ſemel omiſſam hæreditatem paternam, pag. 145. num. 44.

Suus, vide filius ſuus, vel filius in poteſtate.

T

TAcitum fideicommiſſum de reſtituendo incapaci, acquiritur fiſco, pag. 73. num. 10.

Temporale dicitur, quod ſuapte natura tempore finitur, pag. 154. num. 9.

tempore inhabili fieri, vel in tempus inhabile conferri, idem eſt, pag. 292. num. 6. & omnino, pag. 298. num. 41.

teſtamentum nullum eſt in quo teſtes coguntur, vel inuiti retinentur, pag. 74. num. 18. de ratione, pag. 75. num. 25.

teſtamentum metu factum ipſo iure validum eſt, pag. 75. a num. 20.

teſtamentum dolo factum valet ipſo iure, ibidem, num. 21.

teſtamentum ne valeat ob defectum voluntatis, quæ debeant concurrere, pag. 76. num. 29.

teſtamentum duorum an ſimul fieri poſſit, pag. 106. a num. 1. & pag. 108. num. 14.

teſtamentum vnico contextu fieri debet, p. 106. num. 3. declara, p. 108. num. 18.

teſtamentum patris, & filij ſpecialiter vnicum eſt, & vnica ſolennitate perficitur, pag. 106. n. 5.

teſtamenti traditio fieri debet tabellioni de ſolennitate neceſſaria apud Luſitanos, p. 109. nu. 23.

teſtamenti mutatio ſemper libera fuit, pagina 110. num. 25.

teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus eſt, non eſt nullum de iure prætorio, niſi filius dicat, pag. 235. nu. 13.

teſtamentum de iure prætorio, ſiue filius in poteſtate præteritus contra tabulet, ſiue abſtineat; cum aliqua tamen differentia, pag. 240. nu. 31.

teſtamenti factio; vide factio teſtamenti.

teſtamentum etiam in vita conſideratur ad varios effectus, p. 298. nu. 41.

teſtamentum patris, & filij non cenſetur vnum ad inducendam legem Iuliam, & Papiam, pagina 343. num. 21.

teſtamentum factum in pias cauſas ſuſtinebitur apud Luſitanos, quamuis teſtator condemnatus poſtea ſit vltimo ſupplicio, dummodo non excedat tertiam partem bonorum, pag. 356. nu. 6.

teſtandi facultas an ſit de iure gentium, pagina 292. a num. 1. cum ſeqq.

INDEX.

Teſtandi latiſſima poteſtas eſt de iure ciuili, p. 295. num. 23.

teſtandi facultas an competat de rigore, vel de æquitate, pag. 300. nu. 49.

teſtandi ſacultas an in vniuerſum tolli poſſit, pagina 302. a nu. 60.

teſtari plures ſimul poſſunt nuncupatiue in eadem charta, pag. 112. nu. 38.

teſtari plures poſſunt ſimul in ſcriptis, p. 112. nu. 37.

teſtator, dum grauat hæredem, vt aliquem hæredem faciat, quid intendat, pag. 10. nu. 37.

teſtator dolo inductus ad inſtituendum aliquem, eſt, quod alter in eadem charta eundem inſtituebat, ſi coinſtituens poſtea mutet inſtitutionem; valet prima inſtitutio, ſed fiſcus anfert, p. 110. num. 26. quid ſi ceſſet fraus, ex mutua tamen conuentione inſtituatur, ibid. nu. 27. quid ſi ceſſat fraus, & mutua conuentio, ibid. nu. 29.

teſtatoris recognitio tollit pœnam ei, qui ſibi adſcribit in teſtamento, p. 116. nu. 55.

teſtatores ſibi, & hæredibus conſulunt, & quomodo id intelligatur, pag. 261. nu. 28.

teſtator de iure gentium poteſt pro parte decedere teſtatus, p. 294. nu. 17.

teſtatus, & inteſtatus pro parte poteſt quis decedere, ſi detur neceſſitas iuris, p. 344. nu. 26.

teſtati, & inteſtati cauſam nemo poteſt ſimul cumulare, pag. 348. nu. 4.

teſtes ex vna familia non niſi duo alieno teſtamento adhiberi poſſunt, p. 28. nu. 2. & quomodo id intelligatur, p. 30. a nu. 17.

teſtes eſſe poſſunt, quibus non eſt ſpecialiter prohibitum, p. 29. nu. 11.

teſtis eſſe nõ poteſt, qui in poteſtate eius eſt cui aliquid acquiritur ex teſtimonio, p. 28. nu. 4.

teſtis coactus, & reluctans non audit, nec percipit, p. 75. num. 23.

titulus, pro hærede, eſt verus, & iuſtus titulus, p. 183. nu. 29. & nu. 31.

titulus, pro ſuo, eſt generalis, & competit quoties rem ad nos pertinere putamus, p. 212. nu. 39.

titulus ad vſucapionem neceſſarius debet eſſe immediatus, ibid.

titulus putatiuus aliquando ſufficit ad vſucapionem, p. 213. num. 43.

titulus, pro ſuo quid ſit, p 214. nu. 46. & durat poſt completam vſucapionem, ibid.

titulus pro ſuo eſt debilior reliquis, ibid. nu. 47. & p. 216. num. 59.

titulus tripliciter conſideratur ad vſucapionem, pag. 213. num. 43.

titulus, pro ſuo, etiam datur in re propria, pagina 214. num. 46.

traditio ſimplex non mutat naturam actus, pag. 325. nu. 9. & p. 326. nu. 11.

translationis, ſiue transfuſionis legatum eſt duplex in ſubſtantia, vnum in executione, pagina 334. num. 36.

Trebellianica ſuppletur ex quibuſuis rebus defuncti, quamuis iure hæreditario non capiantur, pagina 88. num. 13.

Trebellianica ſolum deducitur de fideicommiſſo vniuerſali, ibidem.

tutela nullo modo tranſit ad hæredes, pagina 264. num. 41.

V

VEctigalia prædia an vſucapi poſſint? pag. 170. a nu. 2. & pag. 173. num. 19.

Venans, aut piſcans in alieno, ſuum facit, quod facit, pag. 157. nu. 23.

vendita re aliena, & venditore poſtea facto domino, non transfertur dominium in emptorem, pag. 178. nu. 6.

vendita re à non domino, & iterum vendita à domino, ille præfertur, qui habet cauſam a domino, pag. 179. nu. 9.

vendita a duobus re aliena duobus, ille præfertur qui poſſidet, vel ſi neuter poſſidet, ille præfertur cui prius tradita fuit, p. 182. nu. 25.

venditione duobus facta, ille vincet, cui primo tradita eſt, p. 177. nu. 1. & p. 178. n. 8. quid dicendum, ſi res ſit aliena, p. 181. nu. 21.

venditio non parit actionem, niſi pretium ſolutum, aut ſatisfactum ſit, p. 180. nu. 16.

venditionis natura eſt, vt dominium transferat, pag. 260. num. 21.

venditor excipiens aquam in fundo vendito, ſeruitutem excipere videtur, p. 308. nu. 4.

verba numeralia taxatiua ſunt, & reſtringunt, pag. 28. num. 5.

verbum, repeto, inducit petitionem eius qui dedit, pag. 71. nu. 3.

verbum, alia, ſimilitudinem inducit, pagina 77. num. 29.

verbum, deſeruire, reſpicit ſubditos, qui aliàs ſeruire tenebantur, p. 157. nu. 22.

verbum, placet, refertur ad communem L. conſultorũ conſenſum, p. 7. nu. 28. & p. 224. nu. 5.

verbum, vterq;, eſt copulatiuum, aliquando tamen diſiungit, p. 30. nu. 16.

verbum, effectu, in ablatiuo, quid ſignificet, p. 236. num. 20.

verba, vi ipſa, non ſunt deciſiua, ſed dubitatiua, pag. 345. num. 34.

veſtalis virgo quomodo olim exibat patria poteſtate, & de alijs eiuſdem cæremonijs, pag. 349. a num. 5.

vendicationis legatum non cadit in res alienas, pag. 333. num. 30.

vltima voluntas in genere non datur, pag. 113. nu. 45.

vltima voluntas quoad ſui reſolutionem bene poteſt conferri in alienam voluntatem, p. 360. nu. 25.

vltimam opinionem probare videtur, qui duas, pluresue refert, p. 205. num. 2.

Vni-

INDEX.

Vniuerſitas quomodo delinquere, & puniri poſſit, remiſſiue, pag. 302. num.60.

voluntatis intereſſe aliquando conſideratur, pagina 305. num. 12.

voluntas coacta voluntas eſt, p. 75.num.20.

voluptatis latitudo non efficit vtilitatem, pagina 305. num. 10.

vſucapio impleta contra eum, qui vtile tantum dominium habet, illud duntaxat transfert, pagina 170.num.3.

vſucapio directo non impeditur, quando ab homine prohibetur alienatio, p.171.nu.11.

vſucapio prohibetur, quando prohibetur alienatio ab eo, qui vſucapionem quoque prohibere poteſt, ibid. quod declara, num.12.

vſucapio fundi dotalis prohibetur, p.171.n. 13.

vſucapio an ſit alienatio neceſſaria, pagina 172. num. 13.

vſucapio quoad initium, & progreſſum pendet a negligentia domini, p.171.nu.13.

vſucapio non impeditur ob nullitatem contractus, a quo habet titulum, p.174.nu.25.

vſura vſurarum nullo iure attento debentur, pagina 188. num.22.

vſurpare, quid ſignificet, p.153. nu.5.

vſus aquæ differt ab hauſtu aquæ, pag. 306. nu.15.

vſusfructus non venit, quando bona auferuntur ab indigno, p. 83. a nu.56.

vſusfructus ſine perſona non conſiſtit, pagina 83. num. 58.

vſusfructus de vna perſona in aliam non transfertur; niſi ſpecialiter conſtitutum ſit, ibidem. num. 59.

vſusfructus debitus indigno acquiritur fiſco, pagina 83.num.63.

vſusfructus non poteſt principaliter inſtitui in amænitate, p.305.nu.12.

vſusfructus reſeruatio dominium transfert, pagina 326.nu. 10.

vſusfructus reſeruatio continet fictam traditionem, ibid. num. 11.

vſusfructus, qui reſeruatur ab emphyteuta nominante, non eſt ius emphyteuticum, ſed conuentionale, & contrarium emphyteutico, pagina 326. à num. 12.

vſusfructuarius naturaliter poſſidet rem, & ciuiliter quaſi poſſidet ſuum ius, p. 288. nu.19.

vſusfructuarius quando dicatur transferre poſſeſſionem in dominum, ibid. num.20.

vſusfructuarius antequam incipiat vti, frui, licet rem teneat, non transfert poſſeſſionem in dominum rei, pag. 288. num. 20. & nu. 22.

vtero exiſtentes pro natis habentur, pagina 119. num. 8.

vtero exiſtens fictione iuris certus iam eſt, ibidem num. 9.

vulgaris forma prorogandi legata non pertinet ad conditionalia, & quæ in futurum diriguntur, pag. 246. nu.22.

vxor, & ſerua eiuſdem eadem mulier eſſe poteſt, pag. 102. nu. 20.

vxor infæcunda ſolam decimam ex teſtamento viri capere poterat, pagina 343. num. 19. pupillariter tamen poterat ſubſtitui filio viri, ibidem, de quo vide omnino, num. 22.

vxor infæcunda, niſi poſt mortem intra triennium nuberet, erat olim incapax cuiuſuis ſucceſſionis, pag. 344. nu. 23.

vxores aliquando fuerunt in poteſtate maritorum, & ſuæ hæredes, pag. 102. num. 20.

Laus Deo Opt. Maximo.

Digitized by Google

Notula Erratorum.

Pag.	col.	ver.	error	correctio
2	1	11	ſicut ad	ſicut &
	2	21	ptiatur	patitur
3	1	14	depoſitio	diſpoſitio
5	1	54	leget	adſctibat.
8	1	49	pertenire	peruenète
12	1	24	alius	aliàs
13	2	36	·nec	nee
		48	directum	directam.
15	1	18	cumq;	eumq;
16	2	49	cæperet	cæperat
		34	cuiq;	quiq;
17	2	27	po·	poſte-
18	1	2	quantæ	quartæ
		5	ſuppor-	ſuppu-
		17	tandem	tantundem
		57	æqualis	æquales
	2	8	potius	partis
19	1	27	frctum	fructunm
		32	interiotem	anteriorem
21	1	11	120	12.
22	1	27	vinctum	vinetum
		48	erunt	erant
	2	13	oſtendunt	offendunt
25	1	21	cõcutrẽtis	concurrentes
		25	naturam	naturalem
26	1	38	colligendo	colligen.orũ
28	1	28	quod	
		37	puris	iuris
	2	53	eſt	ex
29	1	39	propoſita	propoſitæ
	2	3	cus	-cas
		52	‥s	ex
30	1	51	vir	vlt.
	2	57	§.	vt.
31	1	8	à	&
			ium	
		42	ge-	ger-
		43	mine	manè
32	2	12	inſtant	norant
33	2	19	cõturbatio	contributio
34	1	55	qua relicti	quæ relicta
	2	3	pecuniatũ	pecuniam
35	1	35	certent	certer
	2	34	il l.	in l.
		51	quoad	quod
36	1	57	calliditate	calliditati
38	2	54	remittente	renitente
39	1	18	ſucceſſorẽ	ſucceſſionem
	2	7	diuiſio	deciſio
40	1	16	illam dñs	illã quam dñs
41	1	1	accepit	accepto
		34	·rent	-runt
	2	15	eius	cauſam
42	1	27	eodem	eadem
	2	22	hæreditatẽ	l. hæreditatẽ
		24	penult.	antepenult.
		32	ceps	-cipes
43	1	53	·mitterum	omitrentem
44	1	32	hoc	
		33	·lla	ille
	2	vlt	reſtarur	teſtator
45	1	47	ſucceſſorũ	ſucceſſorem
	2	19	eſt	è
		49	ſequentes	conſequens
46	1	42	‥tquentres	præuentus
	2	29	filiæ	filia
47	2	0	illuſionis	colluſionis

Pag.	col.	ver.	error	correctio
		18	iure	in præ-
		19	quoad (ne	quod
49	1	54	proteſtatio	præſtatione
		32	quare	quale
53	1	42	generis	generalis
55	2	17	corporis	corpore
57	1	51	optat	optata
59	1	3	reliquorũ	reliquarum
60	1	31	ſecũdum ſi	ſecũdũ quæ ſi
62	2	2	teſtamento	reſtamentum
		5	ſolo	toto
		7	quam	quà
		8	militia	milita-
63	1	2	illi	illis
		2	&c.	verſ.
		vlt	de	ac
64	1	28	deſſidiſſet	deceſſiſſet
		39	patre	patri
	2	17	& ad	ff. ad
68	2	43	albi	alibi
70	1	3	poſitionem	petitionem
		14	incaparum	incapax
71	1	53	volta	vota
72	1	50	admittant	adimant
76	2	30	lucium	lucrum
			vt	at
78	1	53	ſorto	feito
	2	35	quam	qui
81	2	49	retineri	retinere
83	1	54	pendat	pendeat (tut
	2	41	de loquitur.	de qua loqui-
84	2	22	dem	dum
85	1	vlt	et	vt
	2	53	obligato	obligatio
86	2	5	quando (cã	quanto
87	2	11	Trebelliani	Trebellianũ.
		34	iudicis	iudicio
		41	vbiq;	vtiq;
		52	teſtatur	teſtator
89	1	31	putet	patet
		52	libros	liberos
91	1	3	ſe	ſi
		23	nota (mus	notæ
92	1	18	enudeabi--	enucleabim⁹
		47	nurant	notant
		55	candi	cando
	2	1	aſſignãdus	aſſignaodis
94	2	54	remante.	remanente
95	1	52	rite	recte
	2	16	violentis	volentis
		29	volebit	valebit
96	1	26	tempore	emptore
		54	legati	legali
	2	25	libertorum	libertorũ, nõ
		29	hmmant	humanitatis
98	2	29	pas	pay
101	1	29	menſura	manſura
	2	6	fecerit	fuerit
		48	perſonarũ	perſonas
		50	qua	quæ
102	1	29	hætedis	hæredes
	2	7	noſtram	noſtrum
103	2	41	il ius etiam	illi⁹ deciſio ẽt
105	2	24	meres	mores
107	2	11	factorum	facturum
108	1	51	marito	merito
109	1	50	ſpeciali	ſpeciale

Pag.	col.	ver.	error	correctio
	2	14	hæredes	hæredis
		18	hæredes	hæredis
		21	quinto	primo
111	1	34	legatarius	legaturus
		vlt	aliis	aliter
	2	33	æquinis	æquius
117	2	43	præcedere	procedere
118	1	56	eſſe	eſſet
119	1	49	effecit	olfecit
		50	§ de legatis	ff. de legatis
	2	5	poſthuum	poſthumis
120	2	13	facto	factio
121	2	6	præſtare	præſtaret
122	2	25	differentia	diff.rentiæ
124	2	26	ſecundus	ſecus
125	2	7	putauit	putatiui
		24	adiretus	adiretur
126	2	21	iuſſe	iuſſu
127	2	32	eſſerunt	aſſerunt
128	2	14	& quibus	ex quibus
		38	opere	operæ
130	2	3	l.4. aditio	l. aditio
132	2	23	adhibetur	redhibetur
134	2	6	-tatis	-tates
136	1	40	quo	qua
137	1	41	impro-	impu-
	2	8	patet	putet
		22	adbit	alibit
140	2	53	verbo	ui
		47	cogni-	agni-
142	1	45	reparatio	ſeparatio
	2	54	ſecundum	ſecundam
144	1	43	impuberis	impuberi
	2	9	reparatio	ſeparatio
		39	tuus	ſuus
145	2	45	eſt	.) eſt
146	1	51	alijs	ab alijs
147	1	34	his	is
		2	&	ex
149	1	27	poſitionẽ	portionem
	2	36	à verſ.	d. verſ.
151	1	9	poteti (oẽ	poterit
153	1	53	inſtitutio-	inſtitutionũ
	2	19	raptum	ruptum
154	2	2	egrediatur	regrediatur
		47	in templa	ex templo
156	1	17	præſertim	præteritum
		39	communi	communis
157	2	13	captu	capta
		42	l.2.	l.3.
160	2	57	quia (ſet	qua
161	2	20	manumiſ	manumiſiſſet
167	1	33	cõtrouerſi	controuerti
172	1	23	rati	rart
		31	ex miſſioni	miſſioni ex
174	2	1	Padilia	Padilha
		27	ſcholis	ſcholijs
175	2	49	gloſ.	Iaſ.
177	1	2	domini	dominis
184	1	5	obliquo	aliquo
		51	permnt.	permeet
185	2	23	vb	ob.
		37	ſunt	ſunt caſus in quibus ſententiæ nullæ sũt,
		28	ipſorum	ipſarum
		43	condẽnato	condemnatio

Digitized by Google

Pag.	col.	ver.	error	correctio
186	2	40	ſen-	cenſen-
187	1	10	ip ſorum	ipſarum
188	1	4	proba-	prola-
		20	fuerant	ferant
189	1	4	patebat	petebat
		21	index	iudex
190	1	3	iudicium	iudicum
	2	56	legem	legum
191	1	39	legitimis tutorib.	legibus
192	1	7	pręhabitas	præhabitis
	2	9	autẽ quod	quod autem
193	2	22	ad obligan dum	ad deobligan dum
194	1	19	dubitatiuis	dubitatiſe
	2	14	l. Titio	l.attia, §. Titio
196	1	41	operatur	ſperatur
197	1	3	noſtras	noſtra
		13	teſtatur	teſtator
		49	&c.	et
	2	7	Marcellæ	Miſcellæ
		25	eadem	eandem
		34	metito	merito
		51	relictus	relictis
199	1	vlt	procedere	præcedere
201	2	9	eam	iam
202	1	8	aduerſo	aduerſo
204	2	9	vtroq;	vnoquoq;
		42	bonæ	apud bonæ
206	1	25	ſic	hic
	2	26	dictractus	diſtractus
208	1	36	ſuppoſitũ	ſupraпoſitam
	2	5	incepta	inepta
		39	nec	ne
209	1	18	abſurdus	abſurdius
		27	peritus	paritus
213	2	48	ne	nec
215	1	vlt	obeſſe	obeſſet
	2	26	verba	verbo
		55	quo	quod
216	1	11	neceſſario	neceſſaria
217	2	39	efficit	officit
219	1	10	vigorem	rigorem
		46	integra	integrum
	2	28	hærens	hæres
220	1	11	peſoram	pecorum
	2	27	pupillis gallinorũ	pullis gallinarum
		32	incumbuit:	incubuit
		35	incubere	incubare
		54	fluitas	fluitatis
221	1	26	quin ſuum	quin lac ſuum
225	2	48	rationem	orationem

Pag.	col.	ver.	error	correctio
230	1	40	oblata	ablata
	2	19	maxime	minime
232	2	54	mulier	melior
234	1	10	& hære-	exhære-
237	2	39	ter	tor
238	1	35	te	tur
239	1	27	quia	qua
240	1	44	aduerſo	aduerto
	2	19	quia non agebar	quia agebat
241	2	17	&	ex
245	2	20	ſolationem	ſolutionem
247	2	11	&	ex
248	1	7	vbi	ibi
	2	44	ceſſent	eſſent
249	2	14	conceditus	conceditur
253	1	52	lib.	lib. 2.
256	1	3	ſtipulante	ſtipol. ante
257	1	2	multis	multi
259	1	17	atq;	atq; ita
263	1	54	id	idem
	2	21	vſua	vſa
264	1	27	ſubſtiteret	ſubſiſteret
	2	42	mandarij	mandatarij
267	1	22	pre-	primo re-
		35	ſtipulatio- nem	ſtipulatorem
	2	41	ijſdem	ijdem
268	2	51	dicta legæ	dictæ legis
271	1	8	cui	qui
272	1	29	paſſi	paſſi noo
273	2	1	lo-	non lo-
276	2	18	ſuffici	ſufficit
		23	ideq;	idq;
280	1	54	defunctis	defuncti
283	2	10	leuandi	lucrandi
292	2	42	ob	ab
293	1	28	teſtamen- taria	teſtamenta- rios
		27	iuuen-	inuen-
295	2	39	tabul.	tabul. confir- mari
299	2	4	timoriim	timarum
		23	gentium	ciuilis
302	1	56	quodãmo- do	qoomodo
	2	32	eroeanda	eroenda
303	2	22	primum	pomum
304	1	2	feta	fata
	2	32	nequeat	queat
		19	in ra	in ea
305	1	17	deſtrueres	deſtruero
306	1	14	ponum	pomum

Pag.	col.	ver.	error	correctio
307	1	1	ſuperficia- num	ſuperficia- rium
	2	9	expiciatur	excipiatur
312	1	34	vt	
313	2	23	quoad	quoad hoc
		vlt	§. 91	91.
316	1	20	filius	alius
317	1	25	vigore	rigore
318	1	28	quam	quem
320	1	43	pactus	pacto
321	1	47	fideioſſore	fideiuſſor
324	1	45	oblatæ	ablatæ
	2	17	feret	foret
325	2	37	efficit	non efficit
329	1	46	iſta	iſte
330	1	2	conſtat	conſtet
332	1	42	ſed	id
333	1	47	rerum op- ponuntur	eius, quod ꝓ- prium eſt te ſtatoris, ſed ad differen- tiam ſerno- rum appo- nuntur.
	2	43	na-	nu-
334	2	5	huc reſpon ſioni	hac reſpon- ſione
		7	diſpone	diſpoſitione
		32	vni	vno
336	2	26	nouiotis	nooioribus.
340	1	13	plaouit	placuit
341	2	31	quidem	quidam
343	1	vlt	è	eſt
345	2	21	vt	vl
348	1	26	manifeſtã	manifeſtum
		pé.	Pauli.	Paulus.
349	1	8	Io.	Iul.
		27	vſu	vſa
		vlt	quod	que
351	2	3	-nis	-nibus
353	1	19	vberius	verius
		vlt	querela	querelæ.
357	1	7	cum	enim
	2	1	noo	nooè
		10	teconuale- ſcente	reconualeſce- re
358	1	46	extraneo	excitaret.
	2	10	vix	vixæ
359	1	17	Colſus.	Celſus
	2	12	voloe-	nolue-
360	2	25	voluerit	noluerit.

Minutiora errata conſulto omiſimus.

Digitized by Google

Digitized by Google

SERGIO

Digitized by Google